

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

FELIPE RODRIGUES LEMOS PINTO

**INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

FLORIANÓPOLIS

2013

FELIPE RODRIGUES LEMOS PINTO

**INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Alexandre Morais da Rosa, Ph. D.

FLORIANÓPOLIS

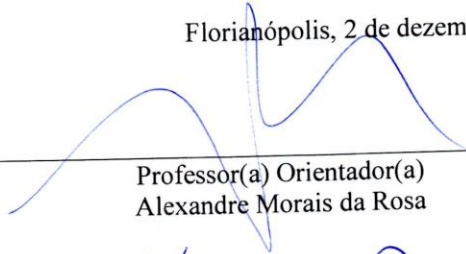
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA


TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**(IN) Constitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva.**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Felipe Rodrigues Lemos Pinto**, defendida em **02/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (~~dez~~), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.


Florianópolis, 2 de dezembro de 2013.



Professor(a) Orientador(a)
Alexandre Morais da Rosa



Membro de Banca
Juliano Keller do Valle



Membro de Banca
Leilane Serratine Grubba

AGRADECIMENTOS

A Deus, que tudo me proporciona.

Sem mais.

RESUMO

O processo penal pode ser visto como um caminho que deve ser percorrido para que o Direito Penal seja aplicado, quer dizer, possui um caráter instrumental em relação a este. Constitui uma limitação ao poder de punir do Estado. Serve também para dar efetividade às garantias constitucionais. Qualquer medida adotada no trâmite do processo que não tenha relação com suas finalidades é de constitucionalidade questionável. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, foram instituídas medidas cautelares diversas da prisão. Para que sejam decretadas, essas medidas devem cumprir determinados requisitos. Para que a prisão preventiva, espécie do gênero medidas cautelares, seja decretada, além de cumprir os requisitos, deve estar de acordo também com certos pressupostos e fundamentos previstos no Código de Processo Penal. Os requisitos podem ser entendidos como o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, apesar de parte da doutrina chamá-los de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Os pressupostos se encontram no artigo 313 do Código de Processo Penal, enquanto os fundamentos são aqueles elencados no artigo 312. Estes são: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal. A expressão “garantia da ordem pública” pode ser entendida de diversas formas. O fundamento da garantia da ordem econômica normalmente é utilizado quando se trata de crimes relacionados com o sistema financeiro. Nenhum desses fundamentos (garantia da ordem pública e da ordem econômica) possui natureza cautelar. Conveniência da instrução criminal é eminentemente cautelar, mas deve haver real necessidade para que a prisão preventiva seja decretada com base nesse fundamento. Assecuração da aplicação da lei penal também é cautelar. Esse fundamento é utilizado quando o acusado tenta se furtar à aplicação da lei. A expressão “garantia da ordem pública” possui variadas definições. Eventualmente é utilizada fazendo alusão à crueldade do delito, ao clamor social, à proteção do acusado, à credibilidade das instituições ou da Justiça, ao risco de reiteração delitiva, entre outros. Esse fundamento não possui natureza cautelar e é demasiadamente abstrato, sendo, portanto, inconstitucional.

Palavras-chave: Medidas cautelares, prisão preventiva, garantia da ordem pública, inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 PROCESSO PENAL E MEDIDAS CAUTELARES.....	8
1.1 FINALIDADES DO PROCESSO.....	8
1.2 MEDIDAS CAUTELARES.....	9
1.2.1 Características.....	11
1.2.2 Requisitos.....	13
1.3 PRISÃO PREVENTIVA.....	15
1.3.1 Breve Histórico.....	15
1.3.2 Contexto Atual.....	16
1.3.3 Pressupostos.....	18
1.4 FUNDAMENTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	20
1.4.1 Garantia da Ordem Pública.....	21
1.4.2 Garantia da Ordem Econômica.....	22
1.4.3 Conveniência da Instrução Criminal.....	25
1.4.4 Asseguração da Aplicação da Lei Penal.....	29
1.4.5 Garantia da Ordem Pública e Econômica X Natureza Cautelar das Medidas.....	32
2 O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	33
2.1 DEFINIÇÕES PARA A EXPRESSÃO “ORDEM PÚBLICA”.....	35
2.1.1 Crueldade do Delito e Clamor Social.....	35
2.1.2 Proteção do Acusado.....	39
2.1.3 Credibilidade da Justiça e das Instituições.....	42
2.1.4 Risco de Reiteração Delitiva.....	44
2.2. ASPECTOS GERAIS.....	48
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Como é sabido, uma das funções do Direito Penal, bem como do processo penal, é estabelecer limites ao poder do Estado sobre os indivíduos. A atuação estatal somente será legítima se houver rigorosa observação das regras que tratam sobre essas matérias. No que diz respeito ao processo, é possível afirmar, de forma simplificada, que ele possui um papel instrumental em relação ao Direito Penal. Dessa forma, também os institutos relacionados ao processo precisam ser dotados de acessoriedade, ou seja, devem tão somente assegurar o bom andamento da marcha processual para que, ao final, seja possível resolver o caso penal. Ao longo desse trâmite, importante mencionar, devem ser observadas as garantias de todas as partes envolvidas, principalmente do acusado, que, via de regra, é o hipossuficiente da relação.

Com o fim de permitir que o processo penal possa transcorrer de forma regular e de evitar o uso da prisão preventiva quando ela não for realmente necessária, foram instituídas diversas outras medidas cautelares no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, buscou-se sua adequação aos preceitos da Carta Magna, que há muito não vinham sendo observados.

Não obstante exista esse rol de medidas passíveis de serem adotadas para assegurar o bom andamento do processo, a prisão continua sendo amplamente utilizada, de maneira que, em muitos casos, seu (ab)uso constitui séria violação de direitos fundamentais.

Embora haja um regramento específico a ser cumprido para que se possa decretar uma prisão cautelar, alguns termos dos dispositivos ali presentes são demasiadamente genéricos, o que, por si só, implica flagrante desrespeito ao princípio da taxatividade, cuja observação pelo ente estatal deveria ser imprescindível para a aplicação de qualquer tipo de penalidade.

Além disso, em diversos casos, a aplicação da medida (supostamente) cautelar de prisão não serve para, realmente, tutelar o processo. Expressões como “clamor social”, “credibilidade das instituições” ou “cautelaridade social” são comumente utilizadas como fundamento para a decretação de prisões. Em que pese a aparente legitimidade dos argumentos, nenhum deles, de fato, tem relação com o processo. Na maioria das vezes, acabam disfarçando o caráter de medida de segurança pública dessas prisões ou, pior, são utilizados com o objetivo de antecipar eventuais penas.

Apesar das fortes críticas existentes contrárias a determinados fundamentos da prisão preventiva, o Poder Judiciário continua sendo omissivo diante de tal violação. Sob o pretexto de fazer

justiça, acata fundamentações extremamente abstratas como idôneas para permitir o cárcere de pessoas, além de também aceitar que medidas completamente alheias ao processo sejam adotadas em seu bojo.

Com a finalidade de demonstrar as questões aqui apresentadas e outras, o presente trabalho foi elaborado com uso do método dedutivo, tendo por base ensinamentos doutrinários e pesquisa jurisprudencial.

1 PROCESSO PENAL E MEDIDAS CAUTELARES

1.1 FINALIDADES DO PROCESSO

Inicialmente, a fim de, no momento oportuno, verificar se a prisão preventiva, uma das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal brasileiro, cumpre sua função precípua, que seria assegurar o bom andamento do tramitar processual, cabe delinear qual a finalidade do processo.

CAPEZ afirma, de forma objetiva, que:

A finalidade do processo é propiciar a adequada solução jurisdicional do conflito de interesses entre o Estado-Administração e o infrator, através de uma sequência de atos que compreendam a formulação da acusação, a produção das provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide.¹

Percebe-se, nessa definição, que o autor não faz referência às garantias de eventual infrator, dando ênfase aos atos do processo e ao desfecho da lide.

GRECO FILHO considera que o devido processo legal é uma necessidade imposta ao Estado para que, só então, possa restringir a liberdade de um indivíduo em decorrência de uma sanção criminal.² De fato, não poderia ser diferente, uma vez que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina, em seu artigo 5º, inciso LIV, que "ninguém será privado da liberdade [...] sem o devido processo legal".³ No mesmo sentido, pode-se entender o processo como uma forma de estabelecer limitações ao poder do Estado.⁴

Em verdade, é possível visualizar o processo sob duas perspectivas, de maneira que se vislumbre sua dupla instrumentalidade. Nesse sentido, BONFIM, com base na lição de GRECO FILHO, de forma mais abrangente, menciona quais são elas:

- a) um instrumento que determina como será exercido o poder do Estado de averiguar a verdade e impor uma sanção;
- b) uma garantia para o réu — e para a sociedade em geral — de que apenas haverá punição caso, após concedida oportunidade plena de defesa, reste demonstrada a sua culpa. É possível ver o processo, portanto, também como um instrumento de proteção ao réu, que só poderá ter restrita sua liberdade caso haja fundados

¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46-47.

² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61-62.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Código/Civilivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 31.

motivos para tanto.⁵

LOPES JR., fazendo sempre uma leitura constitucional dos institutos jurídicos, vê o processo penal como "instrumento de efetivação das garantias constitucionais".⁶ O autor entende que o processo não pode ser visto como mero instrumento a serviço do poder punitivo, pois possui o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Desta forma, só se pode admitir a imposição de uma pena se forem rigorosamente observadas as regras do devido processo legal, constitucionalmente asseguradas.⁷

Ponto comum entre os autores, portanto, é que existe um caráter instrumental do processo em relação ao Direito Penal, de modo que este somente poderá ser aplicado se aquele for rigorosamente (não tão rigorosamente para alguns) obedecido.

Destaca-se aqui uma questão interessante em relação às formas como o processo muitas vezes é utilizado. Considerando seu caráter instrumental acima mencionado, não se pode pactuar com visões eficientistas do processo ou com seu uso como meio político de segurança pública ou defesa social. De fato, não é essa sua função. Nesse viés, critica-se o uso abusivo de medidas cautelares pessoais, principalmente a prisão preventiva para "garantia da ordem pública". Nas palavras de LOPES JR., "trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida".⁸ Essa questão será retomada mais adiante.

1.2 MEDIDAS CAUTELARES

O tratamento legislativo da prisão processual e da liberdade provisória foi modificado com o advento da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, além de terem sido instituídas outras medidas cautelares de natureza pessoal. No que diz respeito à prisão decretada no curso da persecução penal, existia um grande descompasso entre a regulamentação ordinária e o regramento constitucional, de modo que os tribunais já vinham reconhecendo a incompatibilidade de diversos dispositivos do Código de Processo Penal com a Carta Magna.⁹

As medidas cautelares diversas da prisão, instituídas pela lei supracitada, estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 33.

⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69

⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89

⁹ JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.¹⁰

Além desse rol, remanesceram ainda as prisões preventiva e temporária, as quais poderão ser utilizadas quando as medidas cautelares não se mostrarem suficientes ou adequadas, ou quando forem deliberadamente descumpridas pelo investigado/acusado.¹¹

Importante destacar que, consoante o disposto no §1º do artigo 283, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.¹²

Até a entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, o sistema cautelar brasileiro resumia-se à prisão cautelar ou liberdade provisória. Por essa razão, existiam decisões que, por exemplo, revogavam uma prisão preventiva e estabeleciam “condições” ao imputado. Essas decisões eram fundamentadas no “poder geral de cautela”, previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil.

¹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

¹¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 464.

¹² BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

Parte da doutrina defendia a ilegalidade de tais medidas, uma vez que não havia previsão legal para tanto. Em que pese a situação ter mudado, havendo agora um amplo rol de medidas diversas da prisão, defende-se ainda a impossibilidade de decretação de medidas atípicas.¹³

A esse respeito, LOPES JR. possui o seguinte entendimento:

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.

[...]

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência.

Com isso, o autor afirma que não existe a menor possibilidade de se aceitar a restrição de direitos fundamentais com base em analogias, menos ainda com o processo civil, que é o que ocorre em relação aos “poderes gerais de cautela”. As medidas cautelares só podem ser utilizadas quando previstas em lei (legalidade estrita) e quando forem observados os requisitos legais no caso concreto.¹⁴

1.2.1 Características

Algumas características das medidas cautelares que a doutrina destaca são as seguintes:

a) Jurisdicionalidade: significa que essas medidas só podem ser decretadas por decisão judicial fundamentada da autoridade competente, tendo em vista que restringem direitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em Convenções Internacionais. Mesmo medidas que, num primeiro momento, não passem por análise judicial, posteriormente devem ser submetidas ao crivo do Judiciário.¹⁵

¹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 781.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 782.

¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 739.

b) Provisoriedade e provisionalidade: toda medida cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração¹⁶, pois sua decretação se dá em caráter precário, vinculada ao período em que sua decretação é necessária, podendo ser revogada quando não mais existirem as razões que a motivaram,¹⁷ bem como ser novamente decretada, caso surja a necessidade. Essa característica está consagrada no artigo 282, §§ 4º e 5º do Código de Processo Penal, conforme segue:

Art. 282. *Omissis*

[...]

§ 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.¹⁸

c) Excepcionalidade: considerando se tratar de latente redução no espectro de garantias e liberdades do indivíduo, devem ser decretadas de forma excepcional.¹⁹

d) Homogeneidade: em poucas palavras, homogeneidade é a proporcionalidade entre a medida aplicada e eventual condenação.²⁰ Está prevista no artigo 282, Código Processo Penal, da seguinte forma:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.²¹

¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 787.

¹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 464.

¹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

¹⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 465.

²⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 740.

²¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

1.2.2 Requisitos

Para que as medidas cautelares sejam decretadas, é necessário que elas cumpram certas condições, que ora são chamadas de requisitos, ora de pressupostos, ora de fundamentos. Será convencionado aqui considerar *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* como sendo requisitos, os incisos do artigo 313 do Código de Processo Penal como sendo os pressupostos e as indicações do artigo 312 como fundamentos, salientando que os artigos 312 e 313 serão abordados quando for tratado da prisão preventiva.

Parte da doutrina, de forma pouco atenta ou pouco crítica, costuma importar institutos do processo civil para o processo penal, indicando os requisitos das medidas cautelares como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.²²

Diante desse equívoco, LOPES JR., ao falar de prisões cautelares, defende que constitui impropriedade jurídica e semântica afirmar ser necessária a existência de *fumus boni iuris* para a decretação de uma prisão.

Segundo o autor:

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 especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.²³

Outro erro apontado é o uso da expressão *periculum in mora* como requisito para decretação das medidas cautelares de natureza pessoal. De acordo com LOPES JR., o conceito de ajusta às cautelares reais, pois nesses casos a demora da prestação jurisdicional poderia permitir a dilapidação do patrimônio do acusado, por exemplo. Porém, em se tratando de medidas cautelares pessoais, eventual perigo não tem origem no lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, e sim na situação de liberdade do sujeito passivo, o qual pode impedir a aplicação da lei penal em virtude de fuga, prejudicar o andamento do processo por destruição de provas, etc.²⁴ A esse respeito, o Código de Processo Penal, em seu artigo 282, inciso I, assim dispõe:

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 329.

²³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 779.

²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 779-780.

Art. 282. 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 [...].²⁵

Superada essa adequação terminológica, cabe transcrever os ensinamentos de BONFIM acerca dos requisitos para imposição de medidas cautelares:

Dois são os requisitos exigidos para a regular imposição das medidas cautelares. O primeiro deles é o *fumus comissi delicti*, que consiste no juízo apriorístico de viabilidade e probabilidade da ação penal, se tratarmos da medida decretável no curso da investigação criminal, bem como da provável condenação ao final da instrução criminal, se tratarmos da ação penal. Em síntese, nada mais são do que os indícios suficientes de autoria e da razoável suspeita da ocorrência do crime.

Ademais, com base no *fumus comissi delicti* é possível impedir a imposição das cautelares também em situações em que, de plano, se verifique a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Afinal, como se justificaria a imposição de uma medida cautelar em uma ação penal que, ao que tudo indica, estará fadada ao insucesso?

O segundo requisito para a decretação das medidas cautelares é o *periculum in libertatis*, que consiste no efetivo risco atinente à ampla e irrestrita liberdade do agente. Assim, faz-se necessária a comprovação da imprescindibilidade na imposição da medida.²⁶

Note-se que, pelo fato de serem medidas cautelares diversas da prisão, conforme consta no artigo 319 do Código Processo Penal, elas não poderão ser usadas quando não estiverem presentes os requisitos acima citados. Essas medidas alternativas apenas deverão ser utilizadas quando a prisão preventiva for cabível, mas, em razão da proporcionalidade, existir outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar determinada situação. Deve-se ainda cuidar para que tais medidas não sejam banalizadas, de modo a aumentar a intervenção penal de forma injustificada. Nem se deve esquecer a gravidade das restrições por elas impostas. Teme-se que essas medidas sejam deturpadas, não servindo efetivamente como redutoras de danos, mas como expansão de controle.²⁷

²⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2013.

²⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p.465.

²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 853-854.

Enfim, é possível afirmar que “medidas cautelares são, em linhas gerais, providências estatais que buscam garantir a utilidade e a efetividade do resultado da tutela jurisdicional, que se dará pela sentença penal condenatória ou, eventualmente, absolutória”.²⁸ Portanto, entende-se que referidas medidas servem para acautelar o processo, de maneira que qualquer outra finalidade com a qual elas sejam impostas é de legitimidade questionável.

1.3 PRISÃO PREVENTIVA

1.3.1 Breve Histórico

FERRAJOLI, em sua obra, faz um pequeno retrospecto da prisão preventiva, apresentando como ela foi vista por diferentes povos ao longo do tempo. Segundo o autor, em Roma, após experiências alternadas, ela chegou a ser proibida. Na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, foi tornada pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como forma de obter a confissão através da tortura. Voltou a ser estigmatizada no Iluminismo, juntamente com a reafirmação do princípio *nulla pena, nulla culpa sine iudicio* e com a redescoberta do processo acusatório.²⁹ São demonstradas ainda as ideias de alguns pensadores acerca da prisão preventiva, conforme segue:

Assim, para Hobbes, a prisão preventiva não é uma pena mas um "ato de hostilidade" contra o cidadão, de modo que "qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza". Para Beccaria, "sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade": precisamente, a "custódia de um cidadão até que seja julgado culpado, ... deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível" e "não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime". Para Voltaire, "o modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos".³⁰

FERRAJOLI, porém, critica que nenhum desses autores chegou a defender a supressão do instituto. Sempre afirmavam que ele seria uma "injustiça necessária" ou que sem ele seria

²⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 464.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 508.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 508.

“impossível proteger o direito e a sociedade”.³¹ Por fim, em nome de diferentes "necessidades" eventualmente apontadas, a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico.³²

1.3.2 Contexto Atual

TOURINHO FILHO define a prisão preventiva da seguinte maneira:

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.³³

Em âmbito penal, a doutrina diferencia dois tipos de prisão que podem ser decretadas. São elas a prisão-pena, ou prisão penal, e a prisão sem pena, ou prisão processual. De acordo com a definição tradicional, a primeira diz respeito à privação da liberdade imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado. Quer dizer, após o devido processo legal, executa-se a decisão judicial na qual se determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade. É uma medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado. A segunda é uma prisão puramente processual, de caráter cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou impedir a continuidade delitiva (parte da doutrina entende que essa última pretensão não coaduna com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que será demonstrado mais adiante). Este tipo de prisão pretende garantir que o processo atinja seus fins.³⁴ Possível vislumbrar, então, que a prisão preventiva se encaixa na segunda definição acima indicada.

Fazendo referência à cautelaridade da prisão decretada no curso do processo penal, ou seja, em momento anterior ao da decisão definitiva, DAMÁSIO afirma que:

A prisão ordenada no curso da persecução penal possui reconhecida natureza cautelar. Consubstancia-se numa medida que busca assegurar a eficácia do provimento jurisdicional a ser ditado. Não é um fim em si mesmo, mas um instrumento destinado a garantir o bom andamento da *persecutio criminis* ou a

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 508.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 509.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 682.

³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 301-302.

efetividade da condenação penal.³⁵

Em outras palavras, a finalidade da prisão preventiva é (deveria ser) a mesma das demais medidas cautelares, anteriormente mencionadas, qual seja, garantir o bom andamento da marcha processual.

RANGEL corrobora esse entendimento, afirmando que a prisão cautelar tem por objetivo resguardar o processo de conhecimento, pois, em eventual sentença condenatória, caso a prisão não seja decretada, é possível que não se consiga fazer aplicar a lei penal em virtude de algum ato do condenado. Conclui, então, que "o caráter de urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual".³⁶ O autor faz ainda uma dura crítica ao uso equivocado das prisões cautelares, a qual, diante de seu acerto e clareza, cabe ser aqui reproduzida:

[...] 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 Executivo. Prisão cautelar, para assegurar o curso do processo penal justo, é medida a ser adotada pelo Judiciário.

Conclui, então, que a medida cautelar serve para tutelar o processo, e não o direito material nele discutido. O direito material seria objeto do processo de conhecimento, enquanto a medida cautelar seria objeto do processo cautelar. Dessa forma, a função da medida cautelar seria instrumental em relação ao fim buscado pelo processo de conhecimento, qual seja, a solução do caso penal.³⁷

³⁵ JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260.

³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 738.

³⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 738.

1.3.3 Pressupostos

O artigo 313 do Código de Processo Penal traz os pressupostos que devem se fazer presentes para que a prisão preventiva possa ser decretada. Para que esse dispositivo não seja sonegado, seus incisos serão apresentados, porém comentados de maneira objetiva.

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

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.³⁸

Essa disposição se justifica pelo fato de que, em crimes com penas privativas de liberdade inferiores a 4 (quatro) anos, mesmo que seja condenado, o réu não será submetido à prisão. Não seria legítima, então, uma prisão preventiva em casos que, mesmo condenado, o réu não seria preso.³⁹

Art. 313. *Omissis*

[...]

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.⁴⁰

Aqui o legislador seguiu a linha da estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*. Sustenta-se que esse inciso, de forma isolada, não justifica a prisão preventiva.⁴¹

Art. 313. *Omissis*

[...]

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.⁴²

Esse inciso serve para reforçar o pedido e a decisão da prisão cautelar, sendo necessário que estejam presentes os requisitos da prisão preventiva para que sua decretação seja legítima.⁴³

³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2013.

³⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 833.

⁴⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁴¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 834.

⁴² BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 835.

Art. 313. *Omissis*

[...]

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.⁴⁴

Apesar de entendimentos contrários (os quais não levam em conta a natureza do crime ou a quantidade da pena),⁴⁵ considera-se que é necessário que se trate de um crime doloso punido com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos para que a prisão preventiva seja decretada com base nesse parágrafo único.⁴⁶ Excepcionalmente, a depender do caso, poderia ser imposta a prisão cautelar quando o crime em questão fosse, por exemplo, estelionato com uso de identidade falsa, pois os elementos concretos justificariam a medida.⁴⁷

Embora o artigo indique que as hipóteses ali citadas se referem apenas à prisão preventiva, parte da doutrina defende que ele também deverá ser utilizado como balizador nas medidas cautelares, principalmente pelo caráter substitutivo destas, além de ser uma questão de coerência e harmonia do sistema cautelar, decorrente de uma interpretação sistêmica.⁴⁸

Na sequência, o artigo 314 do Código de Processo Penal assim dispõe:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.⁴⁹

Portanto, se o agente estiver sob o abrigo de uma das causas excludentes de ilicitude, não será cabível a prisão preventiva. Entende-se que, também neste caso, a dúvida deve beneficiar o réu.⁵⁰

⁴⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 332.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 835.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 836.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 853.

⁴⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2013.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 837-838.

Estando presentes os requisitos (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*) e os pressupostos (aqueles previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal - apenas um deles ou mais, a depender do entendimento), é necessário ainda que se esteja diante de um dos fundamentos indicados no artigo 312 do diploma legal supracitado para que a prisão preventiva seja decretada.

1.4 FUNDAMENTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 312 do Código de Processo Penal está assim redigido:

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.⁵¹

A parte final do artigo menciona um dos requisitos necessários para decretação da prisão preventiva (*fumus commissi delicti*), já abordado anteriormente, no tópico sobre as medidas cautelares. Interessa agora tratar dos fundamentos citados no início do artigo, os quais representam o *periculum libertatis*, salientando que o da garantia da ordem pública será mais detalhadamente explorado ao final deste trabalho.

Empregando a doutrina e a jurisprudência até então construídas, os termos utilizados no artigo são conceitos que buscam designar situações fáticas cuja proteção se faz necessária, ou seja, o *periculum libertatis*, sem o qual nenhuma prisão preventiva pode ser decretada. Essas situações são alternativas, não cumulativas, de forma que, estando presente uma delas, a medida cautelar é justificada. Portanto, é possível considerar que o *periculum libertatis* é o perigo decorrente do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no Código de Processo Penal como risco para ordem pública ou econômica, para conveniência da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal.⁵²

Como cada um dos fundamentos possui características e hipóteses de aplicação próprias, eles serão estudados separadamente, destacando-se suas principais especificidades.

⁵¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁵² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

1.4.1 Garantia da Ordem Pública

BONFIM reconhece que o significado da expressão "garantia da ordem pública" não é pacífico na doutrina nem na jurisprudência. Segundo ele, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (o que ele chama de periculosidade), de modo que seja mantida a paz no corpo social. Além disso, o autor afirma que o dispositivo também pretende resguardar a credibilidade da Justiça.⁵³ Essas ideias são bastante abstratas e acríticas, e foram expostas para demonstrar como muitas vezes a expressão é utilizada como "carta coringa" para fundamentar um decreto de prisão. Mais adiante, serão feitos os devidos comentários e apresentadas ideias mais consistentes sobre esse fundamento.

Para ilustrar, segue ementa de decisão denegatória de Habeas Corpus do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA.

SUSTENTADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE APROFUNDADA DE PROVAS NA VIA ESTREITA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO.

ALEGADA AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA A SEGREGAÇÃO DO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. PRISÃO NECESSÁRIA, EM ESPECIAL, PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO DEVIDAMENTE ESPECIFICADOS. ADEMAIS, VEDAÇÃO EXPRESSA DA LEI ANTIDROGAS. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006, POR SE TRATAR DE LEI ESPECIAL, NÃO FOI DERROGADA PELA LEI N. 11.464/07, QUE É NORMA DE CARÁTER GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI DE DROGAS NÃO RECONHECIDA.

PACIENTE POSSUIDOR DE PREDICADOS SUBJETIVOS POSITIVOS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO IMPEDEM A PRISÃO CAUTELAR. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NÃO VIOLADO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.⁵⁴

No caso, o paciente plantava pés de maconha em sua residência. A defesa sustentou que não havia qualquer indício de narcotraficância e que a droga era plantada para consumo próprio.

⁵³ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 455.

⁵⁴ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Terceira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2012.008699-7, de Laguna. Relator: Alexandre d'Ivanenko. Florianópolis, 06 de março de 2012.

Disponível em:

<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAOsXgAAI&categoria=acordao>. Acesso em: 09 set. 2013.

O relator, porém, eximiu-se de realizar exame de provas para verificar se estaria presente o *fumus commissi delicti* e reproduziu parte da decisão do Juiz singular, afirmando que a prisão era necessária para garantia da ordem pública, pois havia uma grande quantidade de droga apreendida e a repercussão social do fato era evidente. Outrossim, segundo ele, deveria ser evitada a reiteração na prática do ilícito e a medida seria necessária com o fim de garantir o prestígio da atividade jurisdicional. A única menção a elementos concretos feita foi o fato de o paciente ter tentado se evadir do local quando percebeu a presença de policiais, mas essa circunstância foi relacionada com uma possível periculosidade do acusado.

É flagrante a falta de substância dos argumentos utilizados no voto. Além de outras incongruências, o relator praticamente não relacionou a prisão a qualquer elemento concreto que viesse a demonstrar sua necessidade. Mesmo que o indivíduo viesse a ser condenado ao final do processo, aparentemente não foram apresentadas provas que indicassem a imprescindibilidade da medida, de maneira que sua decretação se constituiu evidente antecipação de uma eventual pena.

1.4.2 Garantia da Ordem Econômica

Essa hipótese tem origem histórica no combate aos "crimes do colarinho branco". Nesse caso, o encarceramento visa impedir que o suspeito dê continuidade à sua atividade prejudicial à ordem econômica e financeira. A magnitude da lesão econômica tem sido utilizada para justificar a prisão preventiva. Trata-se de decisão com base na gravidade concreta do delito.⁵⁵

Existe quem diga que essa hipótese é uma repetição do fundamento "garantia da ordem pública"⁵⁶ ou que a garantia da ordem econômica está abrangida pela garantia da ordem pública.⁵⁷ De fato, ambas as expressões são bastante abertas, porém têm sido utilizadas em situações diferentes. Na verdade, a parte do artigo que se refere à ordem econômica foi incluída pela Lei n. 8.884, de 11/6/1994 (Lei Antitruste), visando permitir a prisão de autor de fato-crime que, com o objetivo de dominar mercados, eliminar concorrência e aumentar lucros arbitrariamente, perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica com abuso de poder econômico.⁵⁸ Em outras palavras, buscou-se tutelar o risco decorrente das condutas que afetam a tranquilidade e

⁵⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 456.

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

⁵⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 774-775.

a harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.⁵⁹ Percebe-se, portanto, que os contextos em que os fundamentos citados (garantia da ordem pública e da ordem econômica) são utilizados diferem, porém ambos proporcionam uma ampla possibilidade interpretativa. Reconhece-se que esse fundamento tem pouca utilização forense.⁶⁰

Apesar da aceitação do fundamento por parte da doutrina, LOPES JR., criticando-o, afirma que:

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.

Seguindo esse raciocínio, TOURINHO FILHO entende que essa hipótese é um tanto quanto esdrúxula. Concorda que a prisão não é a medida ideal para coibir abusos contra a ordem econômica, pois melhor seria a adoção de medidas contra a empresa, como, por exemplo, seu fechamento por determinado tempo, confisco de lucros indevidos, proibição de participar de licitações. Nesse caso, os resultados seriam bem melhores. Nas palavras do autor, "para o ganancioso, para o avaro, meter-lhe a mão no bolso é o castigo maior".⁶¹

Para demonstrar um caso em que o fundamento foi utilizado, segue ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL - LAVAGEM DE DINHEIRO - CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO - PRISÃO PREVENTIVA - NECESSIDADE.

- O direito de ir e vir, na fase processual, somente pode ser coarctado mediante decisão judicial fundamentada, em que se demonstre, concretamente, a necessidade da medida. No caso vertente, se de um lado, alega que a paciente não detinha poder de gerência sobre as empresas de Arcanjo Ribeiro, do outro, observo que a mesma mudou-se para os Estados Unidos para gerenciar uma

⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 829.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 829.

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 689.

dessas empresas. Tal circunstância é confirmada pelas informações da Inteligência da Polícia Federal. Destarte, ao meu sentir, restou evidenciada na decisão constritiva a necessidade de garantia da ordem pública e econômica, uma vez que a paciente, com esse fato, teria demonstrado condições de continuar a operar os negócios ilícitos pelos quais tivera sido denunciada, aferindo vantagens para a organização criminosa, ainda que os contratos sociais da empresa lhe estabelecessem apenas 5% de participação.

- De outro lado, como bem ressaltado pelo v. acórdão, a vedação à liberdade provisória, que reforça a necessidade de manutenção da prisão preventiva da paciente, contida na Lei 9.034/95, constitui importante instrumento de que dispõe o Estado para desarticular organizações criminosas.

- Ordem denegada.⁶²

Nesse caso, apesar de terem sido utilizados conceitos também bastante vagos, é possível perceber, no texto do voto, que o Ministro fez um maior esforço para demonstrar a existência de elementos concretos que dariam causa à decretação da prisão preventiva.

Interessante apresentar também uma decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual cassou o decreto de prisão cautelar, pois ficou entendido que não havia base concreta para restringir a liberdade do imputado. Segue a ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA DE BASE CONCRETA. MAGNITUDE DA LESÃO E REFERÊNCIA HIPOTÉTICA À POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR.

1. Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. Ausência de base fática, visto que o paciente teve seus bens seqüestrados, não possuindo disponibilidade imediata de seu patrimônio.

2. A magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

3. Referências meramente hipotéticas à possibilidade de reiteração de infrações penais, sem dados concretos a ampará-las, não servem de supedâneo à prisão preventiva. Precedentes.

Ordem deferida, a fim de cassar o decreto de prisão cautelar.⁶³

De forma clara, o Ministro afirmou que não bastam meras referências ao texto legal para que a fundamentação do decreto prisional seja considerada idônea, além de a magnitude da lesão

⁶² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (Quinta Turma). Habeas Corpus n. 28.671. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Brasília, 04 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=446415&sReg=200300926963&sData=20040405&formato=HTML>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁶³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 99.210. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 1º de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611760>>. Acesso em: 09 set. 2013.

causada também não justificar, por si só, a prisão. Nos termos da decisão:

4. No que tange ao fundamento da garantia da ordem econômica, o paciente teve os bens sequestrados. Dito de outro modo, não tem disponibilidade imediata de seu patrimônio. Via de consequência, não representa risco à ordem econômica. Ainda que não fosse assim, a situação econômica privilegiada do paciente não poderia, por si, servir de fundamento à prisão processual, pena de tratamento desigual, para o bem e para o mal, entre pobres e ricos.

5. A magnitude da lesão causada pela conduta delitiva não justifica, de maneira autônoma, a prisão cautelar [...]

7. De resto, o decreto prisional não faz referência a elementos que possibilitem concluir pela necessidade da prisão cautelar. Ao contrário, há nele alusões às hipóteses listadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, o que não é suficiente para sustentar a medida extrema de cerceio da liberdade *ante tempus*. [...]

9. Não basta ao Juiz afirmar, como no caso se deu, que a prisão serviria para “se evitar a reiteração e continuidade da atividade ilícita”. É necessário explicitar as razões que o levaram a essa conclusão, pena de caracterização de pura presunção.⁶⁴

1.4.3 Conveniência da Instrução Criminal

Esse fundamento dá a possibilidade de decretar a prisão preventiva para impedir que o acusado venha a influenciar a colheita de provas. Para tanto, é necessário que se demonstre, com dados concretos, que, solto, o suspeito pode suprimir elementos probatórios indicadores de sua culpabilidade, ameaçando testemunhas e vítimas ou destruindo evidências materiais, por exemplo.⁶⁵ Defende-se que, apesar de a lei utilizar o termo “conveniência”, na realidade, em virtude da natureza excepcional de que se reveste a prisão preventiva, deve-se interpretá-lo como “necessidade”, e não mera conveniência.⁶⁶

Corroborando o exposto, RANGEL explica a matéria da seguinte maneira:

[...] devemos inicialmente dizer que a instrução criminal não é conveniente, mas, sim, necessária, pois, diante dos princípios da verdade processual, do contraditório e do devido processo legal, a instrução criminal é imprescindível para que se possa assegurar ao acusado todos os meios constitucionais de defesa, demonstrando existir um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Assim, decreta-se a prisão do autor do fato se, em liberdade, ameaçar as testemunhas,

⁶⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 99.210. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 1º de dezembro de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611760>>. Acesso em: 09 set. 2013.

⁶⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 456.

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

tentar subornar o perito que irá subscrever o laudo, ameaçar o juiz ou o promotor de justiça que funciona no processo, subtrair documentos imprescindíveis à comprovação do injusto penal etc. Neste caso, a custódia cautelar justifica-se com o escopo de se garantir um processo justo, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, honesta e lealmente, sua convicção (cf. item VII da Exposição de Motivos do CPP).⁶⁷

GRECO FILHO também fala que a simples conveniência ou comodidade não autoriza a decretação da prisão preventiva. Dá o exemplo de um réu que resida em comarca diversa da do Juízo, o que daria mais trabalho diante da necessidade de se expedir uma carta precatória para intimá-lo. Nesse caso, não se justificaria a prisão, devendo existir real necessidade, de modo que sua decretação seja indispensável para a instrução.⁶⁸

Convém destacar a lição de LOPES JR. a esse respeito, o qual salienta o caráter cautelar e instrumental dessa medida e cita hipóteses que não podem ser entendidas como conveniência para a instrução. Vejamos:

Conveniência da instrução criminal (tutela da prova): é empregada quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado.

Feita essa ressalva, a prisão preventiva para tutela da prova é uma medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao (instrumento) processo.

[...] não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento etc.). Isso porque, no primeiro caso (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como um “objeto de prova”, fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo, absurdo prender-se alguém para assegurar o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obrigá-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal, pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo tenetur se detegere*.

Nesse caso, apesar de ser empregada por alguns, o autor entende que seria inviável o decreto de prisão preventiva com essa finalidade, qual seja, a de utilizá-la como meio de prova para a acusação.⁶⁹

⁶⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 774.

⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 829-830.

Esse entendimento é reforçado pelas lições de FERRAJOLI, para quem:

[...] a necessidade de prevenir a deterioração de provas não deve ser confundida com a de interrogar o imputado e até mesmo a de obter-lhe a confissão no segredo da investigação. O interrogatório do imputado, em uma visão não inquisitória de processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito da defesa, que deve servir não para formar prova de culpabilidade mas só para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado.⁷⁰

LOPES JR. sustenta ainda que, diferentemente das prisões decretadas para garantia da ordem pública e econômica, o fundamento da conveniência da instrução criminal realmente possui natureza cautelar, porém questiona se ela seria realmente necessária. Afirma que o pensamento liberal clássico aceita esse tipo de prisão com base na “cruel necessidade” da medida.

A tutela da prova, no entanto, não pode ser confundida com a possibilidade de interrogar o acusado e obter uma confissão, pois isso não coaduna com o sistema acusatório imposto por nossa Constituição. Mesmo sendo esse o caso, a prisão não duraria mais do que algumas horas ou alguns dias, nunca meses ou anos. Mantê-lo preso por tempo superior a esse representaria constrangimento e cerceamento de defesa, reduzindo-se sobremaneira suas possibilidades de defender-se e possibilitando que a acusação e a vítima pudessem manipular provas. Além disso, a prisão cautelar leva a uma verdadeira “presunção de culpabilidade” do acusado, a qual é prejudicial ao processo. No mesmo sentido, quanto mais eficientes forem as técnicas de recolhimento de provas, menor é o tempo necessário para apuração do ocorrido e menores são os riscos de manipulação ou destruição por parte do suspeito. Poderia ser questionado se a realidade brasileira não seria diferente, na qual a produção de provas está baseada principalmente em colheita de depoimentos. Mesmo assim, essa colheita poderia ser bastante agilizada fazendo-se uso de filmagens e gravações, caso em que a possibilidade de manipulação seria mínima. Nos termos do autor, “quanto mais se analisa a questão, maior é o convencimento de que, na realidade, não existe necessidade, mas mera conveniência para o Estado, e, com isso, não pactuamos”.⁷¹

Outro argumento eventualmente utilizado para justificar a conveniência da instrução criminal é o “medo” que vítimas e testemunhas podem vir a sentir. LOPES JR. rebate afirmando que é do Estado a função de segurança pública das vítimas, das testemunhas e de todos. O processo penal não seria instrumento adequado para tanto. Isso sem considerar a necessidade de que exista prova suficiente para demonstrar tal situação, o que, na maioria das vezes, não ocorre. O autor

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 512-513.

⁷¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 847/849.

conclui afirmando que “uma análise séria, que racionalize os medos, levará à conclusão de que na imensa maioria das prisões cautelares decretadas sob esse fundamento a prisão é ilegal, pois não existe a situação fática legitimante da intervenção penal”.⁷²

Para demonstrar como o presente fundamento costuma ser utilizado, segue decisão do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRANSPORTE DE PRODUTOS QUÍMICOS PARA O PREPARO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA INDEFERIDO PELO MAGISTRADO SINGULAR. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIMENTO. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Não resta configurado o alegado constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, com base na gravidade concreta do crime em tese cometido, diante da quantidade de produtos químicos destinados ao preparo de drogas apreendidos.

2. A fuga do paciente do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos, é fundamentação suficiente a embasar a manutenção da custódia preventiva, ordenada para garantir a aplicação da lei penal e para assegurar a conveniência da instrução criminal.

3. Ordem denegada.⁷³

No texto do voto, o Ministro afirma que uma suposta fuga do acusado seria motivo para decretar sua prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal. Além de tal argumento ser desprovido de concretude, contraria sobremaneira o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Fica clara a intenção de segregar o indivíduo apenas para poder dispor de sua pessoa quando for útil à acusação. De acordo com a decisão, “a fuga do réu, comprovadamente demonstrada nos autos, é motivação suficiente a embasar a segregação cautelar para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal”.⁷⁴ De certa maneira, considerando o que foi apresentado no voto, é possível entender por que o fundamento referente à

⁷² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 849-850.

⁷³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (Quinta Turma) Habeas Corpus n. 241.531. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1181702&sReg=201200914060&sData=20121009&formato=HTML>. Acesso em: 11 set. 2013.

⁷⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (Quinta Turma) Habeas Corpus n. 241.531. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1181702&sReg=201200914060&sData=20121009&formato=HTML>. Acesso em: 11 set. 2013.

aplicação da lei penal foi aplicado ao caso, mas relacionar a fuga do réu com “conveniência da instrução criminal” foi um equívoco.

Em outra decisão, a seguir apresentada, entendeu-se (novamente) que não seriam suficientes meros apontamentos aos fundamentos legais, devendo ser demonstrados elementos concretos para que se justificasse a prisão preventiva. Segue ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E DA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MOTIVOS NÃO CONFIGURADOS. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em casos teratológicos e excepcionais, necessário o afastamento do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes.
2. A despeito da gravidade dos delitos imputados ao paciente, ausentes indícios de sua participação em grupo criminoso ou de seu envolvimento em tráfico de drogas de grande dimensão. Inexistência de risco à ordem pública a justificar a segregação cautelar.
3. Inobstante o decreto prisional ter outros fundamentos, como a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal, não foram indicados elementos concretos autorizadores da sua manutenção.
4. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (fiança e comparecimento periódico em juízo).
5. Ordem concedida.⁷⁵

Nesse julgado, a Ministra entendeu que, diante do fato de aparentemente se tratar de pequeno traficante e de terem sido adotadas outras medidas cautelares, seria possível concluir que o paciente não apresentaria risco à ordem pública, à aplicação da lei ou à conveniência da instrução criminal, de forma que foi concedida ordem para colocá-lo em liberdade.

1.4.4 Asseguração da Aplicação da Lei Penal

Nesse caso, a prisão é necessária em razão da efetividade do processo penal, garantindo que o acusado estará presente para cumprir a pena que lhe for imposta.⁷⁶ Considera-se que esse fundamento será legítimo caso o acusado não possua residência fixa, ocupação lícita ou qualquer outro fator que o mantenha no distrito de culpa. Nessa situação, entende-se que existe risco para a

⁷⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Primeira Turma). Habeas Corpus n. 115.738. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 03 de setembro de 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4531135>>. Acesso em: 11 set. 2013.

⁷⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 456.

eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o fim do processo, ante sua provável evasão.⁷⁷

RANGEL defende que a fuga não pode ser presunção judicial, mas fruto de elementos que demonstrem cabalmente que o acusado deseja se esquivar da ação da justiça. Diante disso, o simples poder econômico do réu, ou mesmo o fato de ele se encontrar desempregado, não poderia autorizar o Juiz a decretar sua prisão preventiva.⁷⁸

LOPES JR. entende que essa também é uma tutela tipicamente cautelar, pois busca assegurar a eficácia da sentença e, portanto, do processo como um todo. Porém adverte do perigo de o magistrado fazer “projeções” e decidir de forma desajustada da realidade fática. Explica-se:

É bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo que está sentindo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois, (in)conscientemente, estão se identificando (ficar-idem) com o imputado e, a partir disso, pensam da seguinte forma: se eu estivesse no lugar dele, tendo praticado esse crime e com as condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria! Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, sem qualquer vínculo com a realidade fática e probatória.⁷⁹

FERRAJOLI, em verdade, considera que esse motivo (perigo de fuga) é infundado, uma vez que a intenção de fugir é provocada, no mais das vezes, por medo da própria prisão preventiva, e não da pena que venha a ser aplicada. Se não houvesse essa perspectiva, ao menos até a véspera da condenação, o real interesse do imputado seria aparecer para se defender, e não se refugiar.

Referido autor destaca outros motivos pelos quais discorda da possibilidade de prisão nesse caso: em uma sociedade informada e integrada como a atual, uma fuga definitiva é bastante improvável; a opção de fuga pelo imputado, de forma que venha a viver na clandestinidade, já é uma pena por si só; mesmo que a fuga não deixasse rastros, ela teria alcançado, na maior parte dos casos, o efeito de neutralizar o imputado, que é uma das finalidades do Direito Penal; o risco de fuga é diretamente proporcional à severidade das penas, de maneira que defende seu abrandamento.⁸⁰

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

⁷⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 775.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 830.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 514-515.

Na seguinte decisão, que ilustra essa hipótese, foi destacada, pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de se apontar qual o *periculum libertatis* presente no caso:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. PRESUNÇÃO DE EVASÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada a ordem como substitutiva de recurso ordinário.
2. Na espécie, entretanto, verifica-se flagrante constrangimento ilegal no tocante à prisão preventiva do paciente. O perigo para a aplicação da lei penal não deflui do simples fato de se encontrar o réu em lugar incerto e não sabido. Não há confundir evasão com não localização.
3. Além disso, chama a atenção o fato de ter respondido ao processo em liberdade e, também, de ter sido cumprido o mandado de prisão tão logo houve sua expedição, de modo que a dificuldade demonstrada para encontrar o paciente na fase de instrução processual não foi verificada para se fazer cumprir a ordem de prisão preventiva contida na sentença.
4. A prisão processual é medida excepcional, marcada pelo signo de sua imprescindibilidade. O indispensável *periculum libertatis* deve ser apurado quando da decretação da medida constritiva, sendo ilegal a referência genérica à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.
5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, ressalvada a possibilidade de decretação de outra medida cautelar pessoal, demonstrada sua necessidade.⁸¹

No voto, a Ministra salientou ainda que não se pode confundir evasão com não localização e afirmou ser necessário que sejam apontados elementos concretos para que a fundamentação seja considerada idônea. Segue o trecho em que menciona referidos aspectos:

Ora, conforme se depreende dos fundamentos da decisão, em nenhum momento o paciente viu analisados os elementos concretos que justificariam o seu recolhimento cautelar.

O Juízo de origem limita-se a indicar a revelia do acusado como fato apto, por si só, a engendrar fundamento de cautelaridade a embasar a prisão preventiva. No pormenor, cumpre esclarecer que não se pode confundir evasão com não localização. No primeiro caso, a necessidade da prisão provisória é revelada pelo risco para a aplicação da lei penal, materializado no comportamento voluntário do

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Sexta Turma) Habeas Corpus n. 268.256. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 6 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1241016&sReg=201301045239&sData=20130614&formato=HTML>. Acesso em: 11 set. 2013.

acusado de subtrair-se à ação das instâncias formais de controle, o que não se verifica no caso em espécie. O que ocorreu foi a não localização do paciente, sendo temerário presumir sua fuga.⁸²

Apresenta-se também ementa de um julgado do Supremo Tribunal Federal, o qual será comentado em seguida:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTO INSUFICIENTE PARA A PRISÃO DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE FUGA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Paciente praticou o crime em situação de emoção específica, separação, e somente fugiu do local dos fatos por ter sido ameaçado pelos parentes da vítima, tendo se apresentado espontaneamente perante a autoridade policial de Ponta Grossa/PR alguns dias depois, antes que sua prisão preventiva fosse decretada pelo juízo da Vara Criminal da Comarca de Reserva/PR.

2. A apresentação espontânea do réu demonstra que não existia a intenção de fuga, não havendo nos autos motivo para a decretação de sua prisão preventiva. Precedentes.

3. Ordem concedida.⁸³

Apesar de, em muitos casos, os magistrados confundirem o exercício de direitos da defesa (direito ao silêncio, de não participar dos atos do processo, de não fazer prova contra si mesmo) com a “fuga do distrito de culpa” (expressão frequentemente utilizada), nessa decisão, a Suprema Corte diferenciou as situações, entendendo que o réu não estaria se esquivando da aplicação da lei penal e teria fugido apenas em razão de ameaças dos familiares da vítima. Posteriormente ele, inclusive, teria se apresentado de forma espontânea à autoridade policial e confessado seu crime.

1.4.5 Garantia da Ordem Pública e Econômica X Natureza Cautelar das Medidas

Por fim, cabe destacar os ensinamentos de TOURINHO FILHO, o qual faz a seguinte diferenciação: caráter dos fundamentos da garantia da ordem pública e da garantia da ordem econômica de um lado, e caráter dos fundamentos da conveniência da instrução criminal e da garantia da aplicação da lei penal de outro, nos seguintes termos:

⁸² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (Sexta Turma) Habeas Corpus n. 268.256. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 06 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1241016&sReg=201301045239&sData=20130614&formato=HTML>. Acesso em: 11 set. 2013.

⁸³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Primeira Turma). Habeas Corpus n. 104.635. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622434>>. Acesso em: 11 set. 2013.

[...] considerando que o art. 312 do estatuto processual cuida de quatro circunstâncias autorizadoras da preventiva: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal e assecuramento da aplicação da lei penal, deve o Juiz, tendo em conta que a Magna Carta adotou o princípio da presunção de inocência, consonar e harmonizar a norma processual ao texto da Lei Maior, fazendo abstração das duas outras circunstâncias (garantia da ordem pública e da ordem econômica), vale dizer, somente decretar a medida extrema quando ela tiver, realmente, indisfarçável caráter cautelar, arredando-se de uma jurisprudência desajustada da realidade. E mesmo assim, cabe ao Juiz, em cada caso concreto, analisar os autos e perquirir se existem provas atinentes a qualquer uma delas, vale dizer, "obtenção da verdade ou exequibilidade da efetivação da pena".⁸⁴

Ainda sobre o tema, LOPES JR. entende que, quando são tuteladas situações de perigo cujo objeto não é a prova ou a efetividade do processo, a prisão cautelar se converte em medida de segurança. Conclui: "Em suma, as prisões para garantia da ordem pública ou da ordem econômica possuem um defeito genético: não são cautelares. Portanto, substancialmente inconstitucionais".⁸⁵

Diante disso, fica claro que a natureza dos fundamentos (garantia da ordem pública ou econômica X conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal) é diametralmente diferente. Dessarte, será feita uma análise do fundamento da ordem pública isoladamente, apontando-se o que diz o senso comum doutrinário e jurisprudencial, e expondo a opinião mais crítica a respeito do tema.

2. O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Considerando o que foi exposto até aqui, já é possível perceber que o fundamento da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva é de constitucionalidade questionável, pois foge às finalidades das medidas cautelares e, conseqüentemente, não serve para tutelar o processo penal, tendo em vista seu caráter instrumental para aplicação do Direito Penal. A esse respeito, LOPES JR. questiona:

[...] qual é o objeto da prisão cautelar? A resposta nos conduz ainda a sua finalidade e delimita, naturalmente, seu campo de incidência, pois a prisão cautelar é ilegítima quando afastada de seu objeto e finalidade, deixando de ser *cautelar*.

[...] as medidas cautelares não se destinam a "fazer justiça", mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 692-693.

⁸⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 844.

conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.

É importante fixar esse conceito de *instrumentalidade qualificada*, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.⁸⁶

Por esses motivos, o autor entende que prisões preventivas decretadas para garantia da ordem pública ou econômica são substancialmente inconstitucionais, uma vez que não são dotadas de cautelaridade. Afirma que é uma grave degeneração transformar uma medida processual em atividade típica de polícia, fazendo seu uso indevido como medidas de segurança pública.⁸⁷

Costumeiramente, as prisões decretadas para garantir a ordem pública são chanceladas pelo Supremo mesmo ferindo garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência e a proibição de antecipação da pena.

Em relação à cautelaridade, que deve se fazer presente quando da decretação de prisões no curso do processo, BONFIM afirma que, além da processual, existiria ainda uma cautelaridade social, de forma que a finalidade da segregação de um indivíduo "perigoso" também seria resguardar a sociedade.⁸⁸ Em verdade, a função de prevenção geral é exclusiva da pena, aplicada ao final do processo⁸⁹, porém, contraditoriamente, o autor fala que as prisões ocorridas antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória não têm natureza de pena.⁹⁰ Não obstante, essa proteção social mencionada usualmente é utilizada em decisões sob a denominação de "garantia da ordem pública".

Sobre o tema, GRECO FILHO afirma que a expressão "ordem pública" tem sentido amplo, de maneira que abarcaria a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, a exemplo de proteção da sociedade contra um réu perigoso que poderia voltar a delinquir, proteção de testemunhas ameaçadas pelo acusado ou proteção de vítimas.⁹¹

Apesar de se posicionar contra o uso abusivo das prisões preventivas, afirmando que elas não devem ser confundidas com políticas públicas sérias de combate à violência⁹², RANGEL acredita que ordem pública deve ser entendida como:

⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 838-839.

⁸⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 839.

⁸⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 434.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 841.

⁹⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 434.

⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

⁹² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 738.

[...] a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais.⁹³

Em que pese soarem contraditórias as ideias do autor, é assim que ele argumenta em sua obra.

2.1 DEFINIÇÕES PARA A EXPRESSÃO “ORDEM PÚBLICA”

2.1.1 Crueldade do Delito e Clamor Social

Em relação às possíveis definições dadas à expressão "ordem pública", GRECO FILHO afirma que a expressão engloba a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social de respeito ao próximo, a exemplo dos crimes praticados com violência exagerada, contra crianças indefesas ou idosos, com requintes de crueldade, ou outros que causam justa revolta social em razão de comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo do agente, os quais seriam incompatíveis com sua permanência em liberdade.⁹⁴ Apesar das possíveis boas intenções e do visível espírito justiceiro, não parece com razão o autor, pois as situações narradas são, em princípio, qualificadoras ou agravantes de determinados delitos, as quais deverão passar pelo crivo judicial para, ao final do processo, serem reconhecidas ou não.

A despeito dessa opinião, GRECO FILHO afirma que ordem pública não significa clamor público (o qual não autoriza, por si só, a custódia cautelar), que pode ser revelador de uma repulsa social, mas também pode significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados.⁹⁵

Posicionamento aparentemente contrário ao acima exposto é de que não seria motivo bastante para decretação da prisão preventiva a gravidade do delito, se vista de maneira isolada. Mesmo que este provoque comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode, por si só, justificar a prisão preventiva.⁹⁶ No

⁹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 774.

⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

⁹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

mesmo viés, BONFIM declara que:

[...] a *gravidade do delito*, seja ela considerada de forma abstrata (todo latrocínio é grave) ou, como prefere a jurisprudência, de forma concreta (analisando as peculiaridades do delito, tais como o emprego de violência excessiva, torpeza, selvageria etc.). Em relação a esse fundamento, os Tribunais tem rechaçado a decretação da prisão única e exclusivamente com esteio na gravidade delitiva.⁹⁷

Infelizmente, apesar de todos os ensinamentos contrários a ideia de que é possível decretar a prisão preventiva com base no clamor popular, alguns magistrados consideram esse tipo de argumento como sendo adequado para adotar a medida. É o caso do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, conforme segue:

HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - HOMICÍDIO QUALIFICADO - CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETOU A PREVENTIVA - INOCORRÊNCIA - REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP DEMONSTRADOS - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EVIDENCIADA, ALIADA À EXISTÊNCIA DE MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - CRIME QUE OCASIONOU GRANDE CLAMOR SOCIAL NA LOCALIDADE EM QUE FOI PRATICADO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO - ORDEM DENEGADA.⁹⁸

No voto, o relator salientou que, desde que existissem indícios de autoria e materialidade, o clamor social que o crime teria provocado no município de Pinheiro Preto seria motivo suficiente para a decretação da prisão preventiva. Apenas a título de provocação, questiona-se como o magistrado teria tido conhecimento desse suposto clamor, se é que ele existiu: Consulta popular? Abaixo-assinado? Mídia? Ligações para o “Big-Brother”? Óbvio que não. Esse “clamor social” certamente foi fruto do imaginário do julgador. Dessa maneira, considera-se essa decisão um completo absurdo.

Entendimento diferente é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Segue decisão para ilustrar tal fato:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE GENÉRICA DOS DELITOS. GARANTIDA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO A DENOTAR A PRESENÇA DE RISCO À

⁹⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 456.

⁹⁸ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Primeira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2010.016156-7, de Tangará. Relator: Rui Fortes. Florianópolis, 13 de abril de 2010. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAABUjAAB&categoria=acordao>. Acesso em 20 set. 2013.

APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INSTRUÇÃO PROCESSUAL ENCERRADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto (Precedentes).

II. Em que pese a gravidade dos crimes, dinâmica dos fatos não revela indistinta violência ou brutalidade a ensejar a manutenção da custódia em garantia da ordem pública, porquanto o *modus operandi* em nada se difere dos próprios aos crimes de roubo duplamente majorado e corrupção de menores.

III. A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, bem como à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade.

IV. Não há que se falar em manutenção do decreto prisional para garantia da ordem pública e da instrução criminal, notadamente por não inexistir qualquer elemento nos autos a demonstrar a presença de fundado risco de evasão do réu, sendo que a produção de provas encontra-se encerrada, uma vez que os depoimentos já foram devidamente colhidos (Precedentes).

V. Sobressai a impropriedade na manutenção da prisão cautelar no presente caso, pois a custódia deve ser fundada em fatos concretos indicadores da sua real necessidade, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante.

VI. As condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência definida, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constritiva excepcional.

VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.⁹⁹

Nessa decisão, considerou-se que a gravidade do delito, bem como o clamor público, não seria apta a embasar o decreto prisional, de maneira que se optou por conceder liberdade provisória ao acusado, caso não estivesse preso por outro motivo.

O Supremo Tribunal Federal também possui esse entendimento, considerando inadmissível a prisão decretada com base tão somente nas circunstâncias acima citadas (gravidade do crime e clamor social), caso não haja motivos concretos que a ela deem causa. Segue ementa de

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Quinta Turma) Habeas Corpus n. 243.254. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 28 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1173753&sReg=201201046613&sData=20120905&formato=HTML>. Acesso em: 20 set. 2013.

julgado que ilustra esse posicionamento:

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. 3. Prisão preventiva. Decreto que, a título de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal e de assegurar a aplicação da lei penal, baseia-se no clamor público causado pela gravidade do fato. Inadmissibilidade. 4. A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, não bastando aludir-se a qualquer das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Constrangimento ilegal configurado. 6. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar.¹⁰⁰

No voto, o Ministro afirma que “a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de crime somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, ou na gravidade do crime”.¹⁰¹

Importante mencionar que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal atentam para a necessidade de que estejam presentes elementos concretos que indiquem a necessidade da custódia cautelar. Muitos julgados simplesmente reproduzem o texto legal quando da fundamentação dos decretos de prisão, de modo que os Tribunais superiores constantemente reformam esse tipo de decisão. Atento a isso, e criticando a subjetividade de que se reveste a expressão “ordem pública”, CHOUKR reconhece que:

A repetição da fórmula legal é presente em várias decisões, sendo uma das linhas mais perceptíveis, mesmo porque não se dá ao trabalho de tentar definir o que seja ordem pública, limitando-se a decretar a prisão cautelar (ou mantê-la apenas proferindo a letra da lei).¹⁰²

Em relação ao clamor público, anteriormente citado, LOPES JR. entende que este, muitas vezes, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião publicada. O autor descreve o que rotineiramente ocorre:

[...] explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).

¹⁰⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 95.358. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 de junho de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612989>>. Acesso em: 20 set. 2013.

¹⁰¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 95.358. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 de junho de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612989>>. Acesso em: 20 set. 2013.

¹⁰² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 4. ed. reest. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 506.

Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos...

Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar.¹⁰³

De fato, tal situação nunca teria existido; tratar-se-ia de um argumento forjado,¹⁰⁴ passível de manipulação pelos meios de comunicação de massas, com evidentes prejuízos para todos.¹⁰⁵

FERRAJOLI também ataca a ideia de que o clamor social pode ser considerado autorização para decretar a prisão preventiva. Afirma que muitos realmente associam finalidades eminentemente repressivas à prisão preventiva, porém o processo penal teria nascido justamente para coibir esse pensamento primordial do bode expiatório. O processo não serve para proteger a maioria, mas para proteger, mesmo que contra a vontade da maioria, os cidadãos individualizados que, apesar de suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas.¹⁰⁶

2.1.2 Proteção do Acusado

Historicamente já se entendeu que a proteção do próprio acusado, sob o fundamento da garantia da ordem pública, seria motivo para decretação da sua prisão preventiva. Atualmente isso é refutado de forma pacífica, pois o acusado deve ser protegido com providências policiais de segurança, não com decreto de prisão.¹⁰⁷

CHOUKR, em aparente tom de ironia, afirma que “ordem pública é um argumento que já foi utilizado até em favor do acusado (!) para sustentar a decretação da prisão preventiva. [...] Portanto, o Estado já concluiu que a fim de garantir a incolumidade do acusado, este deveria ter sua liberdade privada...”¹⁰⁸

No mesmo sentido, RANGEL defende que o Estado possui o dever de assegurar a integridade física e mental do autor do fato-crime. Segregar o indivíduo cautelarmente, a fim de garantir sua integridade física, é deslocar para o cerceamento de sua liberdade de locomoção a tarefa do Estado de manter a ordem e a paz no seio da sociedade, reconhecendo a falta de

¹⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 840-841.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 841.

¹⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 842.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 516.

¹⁰⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

¹⁰⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 4. ed. reest. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 510.

competência dos poderes constituídos de atingir os fins sociais aos quais se destinam.¹⁰⁹

Embora seja esse o pensamento dominante, eventualmente surgem decisões que mencionam a proteção do próprio acusado como fundamento para o decreto de prisão. Recentemente esse argumento tem sido abandonado, mas ele segue sendo utilizado por alguns operadores. Na seguinte decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não deu provimento a recurso do Ministério Público que pretendia manter um indivíduo preso sob esse pretexto. Segue ementa do julgamento:

Recurso criminal interposto pelo representante do Ministério Público contra despacho de que revogou decreto de prisão preventiva. Decisão que decretou a custódia embasada, tão-somente, na garantia da ordem pública, como forma de garantir a própria integridade física do acusado, pois "jurado de linchamento", sem que fossem analisados os argumentos expendidos no pedido formulado pelo Ministério Público. Inviabilidade de restabelecimento daquele decreto, em face da ausência de motivação válida. Recurso não provido.¹¹⁰

É interessante notar que, nesse caso, o Juiz de 1º grau de fato havia utilizado a proteção do acusado como fundamento da prisão preventiva, nos seguintes termos:

Há aqui, sem dúvida a necessidade de sua segregação para garantia da ordem pública, entendida esta aqui como forma de garantir a própria integridade física do acusado, a quem os vizinhos e moradores próximos juram linchamento. Em assim, para garantia da segurança do próprio acusado, a necessidade de sua segregação impera.¹¹¹

Posteriormente, o magistrado revogou a prisão, e o membro do Ministério Público recorreu de tal decisão, buscando a manutenção do decreto. De forma acertada, o Tribunal não acatou os argumentos do *parquet*. No voto, o relator do recurso sustentou que seria dever da autoridade garantir o suposto criminoso de qualquer violência, e não prendê-lo sob o pretexto de favorecê-lo. Em seguida, chegou a afirmar que a motivação do decreto de prisão em análise seria equivalente à ausência de fundamento legal, o que tornaria inviável seu restabelecimento.

¹⁰⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 774.

¹¹⁰ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Segunda Câmara Criminal). Recurso Criminal n. 2004.023473-2, de Capivari de Baixo. Relator: Maurílio Moreira Leite. Florianópolis, 08 de setembro de 2004. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAHHKe7AAE&categoria=acordao>. Acesso em 28 set. 2013.

¹¹¹ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Segunda Câmara Criminal). Recurso Criminal n. 2004.023473-2, de Capivari de Baixo. Relator: Maurílio Moreira Leite. Florianópolis, 08 de setembro de 2004. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAHHKe7AAE&categoria=acordao>. Acesso em 28 set. 2013.

Também nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça acolheu o entendimento de que não se pode manter ninguém preso sob o argumento de se garantir sua integridade física, principalmente quando o próprio indivíduo pede para ser colocado em liberdade. Segue ementa do julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO, LESÕES CORPORAIS, RIXA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO LASTREADA NA NECESSIDADE DE RESGUARDAR INTEGRIDADE FÍSICA DO ACUSADO, ASSEGURAR APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar somente podem ser decretadas se presente efetiva fundamentação.
2. A invocação da necessidade de se assegurar a integridade física do próprio acusado não constitui fundamentação idônea. De igual modo, afasta-se a intenção de fuga quando há apresentação espontânea na data em que decretada a prisão.
3. O fundamento de garantia da ordem pública deve vir acompanhado de dados concretos, não bastando considerações abstratas ou juízos de probabilidade.
4. Recurso a que dá provimento para revogar a prisão preventiva, mediante assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo.¹¹²

No mesmo viés, a Suprema Corte reconheceu que ninguém pode ser preso para sua própria proteção, conforme segue:

HABEAS CORPUS. LEGÍTIMA DEFESA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Para análise da alegada legítima defesa, seriam necessárias aprofundadas análise e valoração de provas, inviável no rito do habeas corpus.
2. A gravidade da ação criminosa, o clamor social e a revolta de populares contra o acusado não são motivos idôneos para a prisão cautelar. Ninguém pode ser preso para sua própria proteção.
3. Depoimentos de policiais favoráveis à personalidade e à conduta do réu no momento da prisão em flagrante, no sentido do não oferecimento de qualquer resistência, conduzem à caracterização do constrangimento ilegal contra sua liberdade.

¹¹² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (Sexta Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 25.753. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 04 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=891072&sReg=200900536385&sData=20090629&formato=HTML>. Acesso em: 28 set. 2013.

4. Ordem concedida. Prejudicado o agravo regimental.¹¹³

Dessa forma, considera-se uníssono o entendimento de que a proteção do acusado não constitui fundamento legítimo para embasar o decreto de prisão preventiva. Consoante explanado anteriormente, dois argumentos principais corroboram essa ideia: é função do poder público garantir a segurança dos indivíduos, não fazendo uso da prisão como meio para isso; e, se o próprio acusado opta por permanecer em liberdade e não solicita ajuda das autoridades, não há motivos para que o Judiciário o obrigue a se recolher ao cárcere.

2.1.3 Credibilidade da Justiça e das Instituições

Outra definição frequentemente relacionada à expressão "garantia da ordem pública" é a manutenção da credibilidade das instituições ou da Justiça. Para BONFIM, o dispositivo que prevê tal fundamento pretende "resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade".¹¹⁴ É bastante errônea tal afirmação. Se fosse o caso, a prisão seria um antídoto para a omissão da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário, sendo utilizada para reafirmar a "crença" no poder estatal repressor.¹¹⁵

Apesar das críticas, esse argumento é comumente utilizado para fundamentar decisões, como ocorreu em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a seguir ementado:

HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA, EM PRINCÍPIO, DOS DELITOS DE RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DECISÃO FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE SE MANTER GARANTIDA A ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO ESPECÍFICA DE UM DOS CRIMES DENUNCIADOS. PERICULOSIDADE EM CONCRETO EVIDENCIADA. AGENTE QUE COMETE CRIME NO MOMENTO EM QUE SE ENCONTRA EM PERÍODO DE PROVA ANTE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO ANTERIORMENTE CONCEDIDA. NECESSIDADE DE MAIOR RIGORISMO DO ESTADO. MOTIVOS DA PRISÃO CAUTELAR PREENCHIDOS. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM NÃO CONCEDIDA.

¹¹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 100.863. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de dezembro de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607295>>. Acesso em: 28 set. 2013.

¹¹⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital). p. 456.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 829.

A garantia da ordem pública não se circunscreve apenas nas medidas preventivas do abalo social, mas também no resguardo da integridade das instituições, da sua credibilidade social e do aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de criminalidade.¹¹⁶

É lamentável que pessoas permaneçam presas a pretexto de que seja protegida a credibilidade da Justiça e das instituições como um todo. Em vez de se colocar o poder público a serviço da sociedade, esse argumento acaba transformando os indivíduos em meros instrumentos a serviço da imagem do Estado, o que é claramente alheio aos fins supostamente buscados pelo processo.

Por outro lado, em que pese ter sido voto vencido no julgamento do Habeas Corpus nº 78.063, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Nilson Naves apresentou ideias bastante coerentes sobre o tema. Segue trecho do voto:

Demais, não são prisões cautelares, se ou não impostas, que dão credibilidade ao Judiciário. Seremos acreditáveis, talvez mais, bem mais, se formos mais expeditos; se acabarmos o ofício jurisdicional com mais presteza; se fizermos melhor justiça, aproximando-nos, quem sabe, do mundo ideal (já se escreveu: "lei em desacordo com a justiça *non est lex, sed corruptio legis*"). O discurso segundo o qual a ordem pública também diz respeito à credibilidade da justiça não é verdadeiro. É, portanto, falsa a idéia. Não serve para justificar a prisão preventiva. Como adinículo, talvez, se servisse de início, também de fim, jamais de conteúdo do discurso judicial.¹¹⁷

Também em relação a isso, o Supremo Tribunal Federal adotou postura semelhante à do Ministro vencido. Segue ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO CRIME, EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO: INIDONEIDADE. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691 DESTA CORTE.

1. O fundamento da garantia da ordem pública é inidôneo quando alicerçado na credibilidade da justiça e na gravidade do crime. De igual modo, circunstâncias judiciais como a gravidade do crime, o motivo, a frieza, a premeditação, o emprego de violência e o desprezo pelas normas que regem a vida em sociedade não conferem base concreta à prisão preventiva para garantia da ordem pública. Circunstâncias dessa ordem hão de refletir-se --- e apenas isso --- na fixação da pena. Precedentes.

¹¹⁶ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2010.069463-3, de Joinville. Relator: Altamiro de Oliveira. Florianópolis, 23 de novembro de 2010. Disponível em:

<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAFUrAAC&categoria=acordao>. Acesso em: 03 out. 2013.

¹¹⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (Sexta Turma). Habeas Corpus n. 78.063. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 16 de outubro de 2007. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=714949&sReg=200700450439&sData=20071217&formato=HTML>. Acesso em: 03 out. 2013.

2. A simples alusão de que o paciente está sendo processado por outros crimes ou respondendo a inquéritos não é, por si só, suficiente à manutenção de sua custódia cautelar. Precedentes.

3. Constrangimento ilegal a justificar exceção à Súmula n. 691 desta Corte.

Ordem concedida.¹¹⁸

Portanto, consoante esses julgados, tem-se que é equivocado associar a preservação da credibilidade da Justiça, ou das instituições, à necessidade de se decretar a prisão preventiva.

Corroborando as ideias apresentadas acima, LOPES JR. afirma que esse tipo de argumento é uma falácia. Para o autor, as instituições não são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, e a prisão não é um instrumento apto para esse fim, mesmo em eventual caso de necessidade de proteção. Além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Sob outro ponto de vista, é preocupante, considerando as conquistas democráticas obtidas, que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Se os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave e anuncia um grave retrocesso para o estado policalesco e autoritário, desalinhado do nível de civilidade alcançado.¹¹⁹

Posto isso, imperioso concluir que a prisão preventiva, de fato, não serve para tutelar a imagem que as instituições públicas têm, ou deveriam ter, diante da sociedade. Sua função, conforme já falado anteriormente, deve ser unicamente a de garantir o bom andamento do processo penal, para que, ao final, o réu seja absolvido ou condenado, e, só então, neste último caso, seja levado ao cárcere.

2.1.4 Risco de Reiteração Delitiva

Também é rotineiramente associada à expressão “ordem pública” a possibilidade de reiteração delitiva. Nesse sentido, CAPEZ acredita que a prisão pode ser decretada com a finalidade de impedir que o agente, caso permaneça em liberdade, continue a delinquir, de forma que não se poderia retirá-lo do convívio social apenas ao final do processo.¹²⁰ LOPES JR.,

¹¹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 99.379. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 08 de setembro de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604616>>. Acesso em: 03 out. 2013.

¹¹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 844.

¹²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

demonstrando respeito aos leitores, admite que existe essa possibilidade no direito comparado,¹²¹ mas não deixa de fazer as devidas considerações sobre o mau uso desse argumento. Ele defende que, quando tal fundamento é aceito com esse significado, não se está atendendo ao processo penal, mas a uma função de polícia do Estado, alheia ao objeto e fundamento do processo. A única presunção que a Constituição permite é a de inocência, e ela permanece inalterada em relação aos atos futuros. Portanto, "salvo para os casos de vidência e bola de cristal" (palavras do autor), é impossível fazer um diagnóstico acerca das condutas que um indivíduo possa vir a realizar, de modo que esse argumento se mostra flagrantemente inconstitucional. Segundo ele:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível).¹²²

Apesar da crítica, os Tribunais entendem que esse argumento é idôneo para fundamentar o decreto de prisão. Ocorre que, infelizmente, mesmo elementos abstratos acabam sendo aceitos para restringir a liberdade dos indivíduos. No seguinte julgado, essa circunstância fica bastante evidente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. LEI N. 10.826/03, ART. 12. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO INDEFERIDO.

SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDADA EM HIPÓTESES DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO FUNDAMENTADA NO CASO CONCRETO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REAL POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. BONS PREDICADOS PESSOAIS. NÃO IMPEDITIVO À PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. MEDIDAS CAUTELARES INSUFICIENTES NO CASO CONCRETO.

Não há falar em ausência de fundamentação da decisão quando o juiz, tendo em vista as particularidades do caso concreto, mantém a prisão preventiva com vistas a garantir a ordem pública, mormente pelo fato de haver real possibilidade de que o réu, solto, prossiga praticando o delito que lhe é imputado.

Possíveis bons predicados pessoais do paciente, isoladamente, não inviabilizam a manutenção da prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

¹²¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 846.

¹²² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 845.

Afasta-se a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, quando estas não se revelarem suficientes para substituir os fundamentos apresentados para a segregação cautelar.

ORDEM DENEGADA.¹²³

Note-se que a prisão foi mantida em virtude da mera possibilidade de que o acusado voltasse a praticar condutas delituosas, e não com base em fatos que indicassem ao menos a real probabilidade de que isso pudesse ocorrer. Em 1º grau foi falado que a “alta lucratividade da atividade do tráfico” exerceria um grande fascínio para quem procura ganhar a vida facilmente (fazendo referência ao acusado, como se o magistrado realmente o conhecesse a ponto de poder tecer tais considerações com propriedade), e, no julgamento do recurso, foi falado que a ausência de comprovação atividade lícita e a quantidade da droga apreendida permitiriam concluir claramente que o indivíduo, solto, voltaria a incidir na mesma prática. Se fosse assim, todo desempregado viraria traficante, e por óbvio não é isso que ocorre. Ora, ou as decisões de nossos ilustres julgadores estão fundamentadas em dados obtidos a partir de suas férteis imaginações, ou realmente os fóruns e Tribunais foram equipado com “bolas de cristal”.

Por outro lado, a fato de ser o réu reincidente praticamente torna inviável o não acolhimento do fundamento da garantia ordem pública pelo magistrado, pois basta um mero exercício argumentativo para sustentar, por exemplo, que o indivíduo já teria se envolvido com atividades ilícitas no passado e, portanto, com certeza o faria novamente na hipótese de permanecer em liberdade. Essa conclusão muitas vezes é equivocada e indicativa da falta de compromisso dos julgadores para com aquilo que é demonstrado nos autos. O julgado a seguir, do Superior Tribunal de Justiça, ilustra esse tipo de situação:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. TESE DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. REITERAÇÃO DE CONDUTAS DELITUOSAS. PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. DESCABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

¹²³ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Quarta Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2013.063464-3, de Itajaí. Relator: Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, 10 de outubro de 2013. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAEKzIAAG&categoria=acordao>. Acesso em: 13 out. 2013.

1. Hipótese em que se mostra legítima a prisão preventiva do ora Recorrente, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a necessidade da medida. O Recorrente "possui envolvimento criminal anterior", assim, com mais razão, se impõe a medida constritiva com vistas a garantir a ordem pública, em face da reiteração na conduta delitiva.

2. Válida a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias que, com expressa menção à situação concreta, entenderam inadequadas e insuficientes para garantia da ordem pública quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.

3. Recurso desprovido.¹²⁴

Nessa decisão, foi afirmado que o réu possuiria “personalidade voltada para a vida criminosa” (outra infeliz expressão rotineiramente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, mas que não será objeto de discussão neste trabalho), o que evidenciaria a nocividade de sua ação ao meio social.

Em relação à necessidade de se indicarem elementos concretos para fundamentar o decreto de prisão, seguem julgados da Suprema Corte que ilustram a situação:

Habeas Corpus. 2. Pedido de liberdade provisória indeferido pelo juízo de primeiro grau. 3. Decisão judicial não motivada em elementos concretos. 4. Constrangimento ilegal caracterizado. 6. Ordem concedida.¹²⁵

Nessa decisão, o Ministro deixou claro que é preciso explicitar elementos fáticos que apontem para a imprescindibilidade da segregação do indivíduo, nos seguintes termos:

Constato que, no caso dos autos, não há a indicação de fatos concretos que justificam o alegado risco do recorrente para a ordem pública, para a tranquilidade e a paz no seio social.

Da simples leitura do decreto prisional, observo que o Juízo de origem tomou como motivação determinante a pautar a segregação cautelar, a suposta possibilidade de reiteração delitiva.

Contudo, entendo que a mera argumentação abstrata, sem inferência tendente a demonstrar a ocorrência, no caso concreto, dos elementos genericamente previstos na norma, não é apta a manter a prisão cautelar.

[...]

¹²⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (Quinta Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 40.045. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 1º de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1268388&sReg=201302622400&sData=20131010&formato=HTML>. Acesso em: 13 out. 2013.

¹²⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 109.088. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1616007>>. Acesso em: 13 out. 2013.

Tal posicionamento hoje uníssono nesta Corte cuja jurisprudência consolidou-se no sentido de entender que a liberdade, mesmo do indivíduo suspeito da prática de crime, somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas.¹²⁶

Neste outro julgado, foi adotado posicionamento no mesmo sentido. Segue:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I – A prisão, antes da condenação definitiva, pode ser decretada segundo o prudente arbítrio do magistrado, quando evidenciada a materialidade delitiva e desde que presentes indícios suficientes de autoria. Mas ela deve guardar relação direta com fatos concretos que a justifiquem, sob pena de se mostrar ilegal.

II – No caso sob exame, a reiteração criminosa aludida pelo magistrado processante na decisão que indeferiu a liberdade provisória está fundada apenas em uma denúncia anônima, que teria indicado o paciente como sendo um traficante local.

III – Custódia cautelar que, além de não estar devidamente motivada, mostra-se desproporcional e desnecessária à espécie.

IV – Ordem concedida para colocar o paciente em liberdade provisória, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso.¹²⁷

Portanto, conclui-se que é indispensável ter prudência e realmente fundamentar, com base em elementos concretos, decisões que venham a impor prisões cautelares. Sobre essa questão, embora seja de amplo conhecimento que toda decisão judicial deve ser motivada, muitas vezes parece passar despercebida pelos magistrados, pois constantemente são reformadas decisões que não possuem a devida fundamentação.

2.2. ASPECTOS GERAIS

TOURINHO FILHO apresenta suas ideias acerca do fundamento da garantia da ordem pública de forma clara e precisa, reforçando o que foi até aqui exposto. Cabe reproduzir os excelentes ensinamentos do autor.

¹²⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 109.088. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1616007>>. Acesso em: 13 out. 2013.

¹²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 108.483. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1571655>>. Acesso em: 13 out. 2013.

Ordem pública é expressão de conceito indeterminado, por demais fluida, sem qualquer consistência. Normalmente, entende-se por ordem pública a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia ao crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. Diga-se, contudo, uma prisão por esse motivo não tem a menor intimidade com o processo penal, não apresentando caráter cautelar, como exigido. Ademais, a medida extrema fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de ideias preconcebidas a respeito de pessoas, de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, que o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões. [...]

"Ordem pública" é fundamento geralmente intocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória.

O autor prossegue, afirmando que a expressão "ordem pública" pode ser entendida como "comoção social", "perigosidade do réu", "crime perverso", "insensibilidade moral", "os espalhafatos da mídia", "reiteradas divulgações pela rádio ou televisão", "credibilidade da Justiça", "idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime". Quer dizer, tudo pode se ajustar a esse termo genérico, de maneira que se faz bastante penoso refutá-lo. E continua:

E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a "perturbação da ordem pública", sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou órgão do Ministério Público que, como verdadeiros "sismógrafos", mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de "garantir a ordem pública", sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido?¹²⁸

Também nesse sentido, LOPES JR. afirma que a expressão "ordem pública" é um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Tem origem na Alemanha na década de 30, quando o nazifascismo buscava justamente uma autorização geral e aberta para prender. Mesmo nos dias atuais, ainda que mais dissimuladamente, o fundamento serve a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que fazem uso de cláusulas

¹²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 686-687.

genéricas e indeterminadas como essa para fazer valer seus atos prepotentes.¹²⁹ No que se refere ao processo, a prisão preventiva para garantia da ordem pública não tem natureza cautelar, pois não serve para tutelá-lo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional. Ademais, nessa matéria, deve-se estrita observância aos princípios da legalidade e da taxatividade, o que não ocorre em relação ao fundamento sob análise. Da maneira como é utilizado, tal dispositivo acaba por transformar-se em medida de segurança pública.¹³⁰

Na mesma esteira, FERRAJOLI aponta o traço claramente policialesco do instituto da prisão preventiva como um todo, destacando o caráter arbitrário e potestativo dos seus pressupostos. Em suas palavras:

Pela sua natureza, de fato, não são passíveis de provas ou desmentidos nem “a gravidade” dos indícios de culpabilidade, tampouco as razões opinativas que possam fazer supor o “perigo” de fuga, ou de turvação da prova ou de futuros delitos por parte do imputado. Este último motivo de captura, em particular, é irremediavelmente policialesco e revela o caráter da medida de prevenção e de defesa social verdadeiramente assumido pela custódia cautelar.¹³¹

Com o fim de demonstrar como os fundamentos da prisão preventiva, de forma geral, são tratados pelo Supremo Tribunal Federal, segue decisão que representa um panorama do que vem sendo decidido pela Corte:

HABEAS CORPUS” - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO CAUTELAR DECRETADA COM APOIO EM MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS: GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO; CLAMOR PÚBLICO; GARANTIA DA CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA; POSSIBILIDADE DE RETORNO À DELINQUÊNCIA, DE INTERFERÊNCIA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA - ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA PRISÃO CAUTELAR QUANDO DECRETADA, UNICAMENTE, COM SUPORTE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAS - INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO, TAMBÉM DE OFÍCIO, DOS SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS.

¹²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 840.

¹³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 842.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 716.

DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, “hic et nunc”, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie.

PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL.

- A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade.

A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes.

A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.

- A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes.

A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE.

- A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

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. Precedentes.

A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR.

- Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que essa modalidade de prisão é necessária para resguardar a credibilidade das instituições.

PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA.

- A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Precedentes.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES.

- Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.

A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS.

- A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa.

- A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira para obstruir, indevidamente, a regular tramitação do processo penal de conhecimento.

- Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.

A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário,

culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.¹³²

Note-se que a principal preocupação do Supremo, geralmente, é que sejam apontados elementos concretos para que o decreto de prisão preventiva seja considerado legítimo. Não se discute a constitucionalidade dos fundamentos e, assim, deixa-se de fazer considerações mais aprofundadas sobre o tema. Em relação ao fundamento da “garantia da ordem pública”, limita-se a afirmar que determinadas definições não bastam, “por si sós”, para decretar a prisão.

Ciente dessa falha, CHOUKR afirma que:

Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal mostrou-se capaz de fornecer linhas de atuação, deixando ao sabor arbitrário do julgador (vez que inexistem parâmetros) no caso concreto entender o que é ou não ordem pública. A ausência de parâmetros faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido.¹³³

Apesar dessa falta de comprometimento por parte da Suprema Corte, espera-se que os operadores jurídicos (Delegados, Promotores, Juízes) sejam prudentes ao utilizar essas ferramentas disponibilizadas pelo ordenamento, tendo em vista a ruína que uma prisão pode trazer a um cidadão injustamente processado.

¹³² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 92.751. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 9 de agosto de 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2991420>>. Acesso em: 13 out. 2013.

¹³³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 4. ed. reest. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 506.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, muitos são os abusos cometidos pelos agentes do ente estatal no que se refere ao Direito Penal e ao processo penal. Talvez, em decorrência de toda a violência que vem sendo explorada pelos veículos de comunicação atualmente, o Estado tenha assumido uma postura mais repressiva em relação a certas condutas, escolhendo determinados indivíduos como “clientes” do sistema criminal. Infelizmente, o Poder Judiciário, que deveria ser o guardião dos direitos fundamentais, acaba sendo conivente com tais atitudes, o que acaba por prejudicar ainda mais aqueles que já são pouco favorecidos social, política e financeiramente.

Em virtude da falta de delimitação de alguns institutos jurídicos, como o fundamento da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva, eles acabam sendo utilizados de maneira arbitrária, o que permite a continuidade de políticas autoritárias e contrárias à ordem constitucional.

Isso poderia ter sido modificado com a reforma do tratamento dado às medidas cautelares, que ocorreu com o advento da Lei 12.403/2011, porém o legislativo se omitiu em relação a determinados dispositivos, e isso permitiu que se perpetuasse a existência de instrumentos aptos a permitirem a prisão de cidadãos com base em simples retórica.

No mesmo sentido, o Judiciário não se mostra categórico em relação a essas circunstâncias, limitando-se a fazer reformas pontuais de determinadas decisões e a exigir que “elementos concretos” justifiquem a medida. Dificilmente é feita uma reflexão mais profunda sobre o tema.

A doutrina também pouco colabora para que algo seja feito no intuito de aprimorar os institutos e de evitar injustiças. É verdade que existem pensadores interessados em mudanças, mas o senso comum, quando não inventa justificativas como “cautelaridade social” ou “proteção do acusado”, limita-se a reproduzir o que diz a lei, a qual se encontra visivelmente ultrapassada.

Importante destacar que, com tudo o que foi exposto, não se busca impunidade. As condutas delituosas devem ser apuradas, e seus autores, punidos. Todavia, para que isso aconteça, as regras do devido processo legal devem ser rigorosamente obedecidas. Pior do que permitir que um criminoso permaneça impune é castigar injustamente uma pessoa inocente. Pode-se considerar essa uma das piores formas de injustiça que existem.

A perspectiva otimista em relação a esses aspectos, e em relação ao Direito Penal como um todo, é que haja uma reflexão de forma a verdadeiramente possibilitar uma maior harmonia na vida em sociedade, e não para acentuar a existência de conflitos. Deve-se deixar de lado fantasias e suposições completamente alheias aos fatos concretos e racionalizar os julgamentos, as leis e as políticas públicas. Caso isso seja feito, caso se lance um olhar crítico sobre o sistema, certamente se perceberá que a “ordem pública”, se é que ela existe, não depende de prisões para ser mantida, e sim de indivíduos conscientes.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital).

_____, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão digital).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Código_Civilivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. (Quinta Turma). Habeas Corpus n. 28.671. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Brasília, 04 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=446415&sReg=200300926963&sData=20040405&formato=HTML>. Acesso em: 09 set. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. (Quinta Turma) Habeas Corpus n. 241.531. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1181702&sReg=201200914060&sData=20121009&formato=HTML>. Acesso em: 11 set. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. (Sexta Turma) Habeas Corpus n. 268.256. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 06 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1241016&sReg=201301045239&sData=20130614&formato=HTML>. Acesso em: 11 set. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. (Quinta Turma) Habeas Corpus n. 243.254. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 28 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1173753&sReg=201201046613&sData=20120905&formato=HTML>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Sexta Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 25.753. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 04 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=891072&sReg=200900536385&sData=20090629&formato=HTML>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Sexta Turma). Habeas Corpus n. 78.063. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 16 de outubro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=714949&sReg=200700450439&sData=20071217&formato=HTML>. Acesso em: 03 out. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Quinta Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 40.045. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 1º de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1268388&sReg=201302622400&sData=20131010&formato=HTML>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 99.210. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 1º de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611760>>. Acesso em: 09 set. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Primeira Turma). Habeas Corpus n. 115.738. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 03 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4531135>>. Acesso em: 11 set. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Primeira Turma). Habeas Corpus n. 104.635. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622434>>. Acesso em: 11 set. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 95.358. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 de junho de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612989>>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 100.863. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607295>>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 99.379. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 08 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604616>>. Acesso em: 03 out. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 109.088. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1616007>>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 108.483. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1571655>>. Acesso em: 13 out. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 92.751. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2991420>>. Acesso em: 13 out. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia.** São Paulo: Ática, 1998

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial.** 4. ed. reest. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital).

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Terceira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2012.008699-7, de Laguna. Relator: Alexandre d'Ivanenko. Florianópolis, 06 de março de 2012. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAA OsXgAAI&categoria=acordao>. Acesso em: 09 set. 2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** (Primeira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2010.016156-7, de Tangará. Relator: Rui Fortes. Florianópolis, 13 de abril de 2010. Disponível em:
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAABUtjAAB&categoria=acordao>. Acesso em 20 set. 2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** (Segunda Câmara Criminal). Recurso Criminal n. 2004.023473-2, de Capivari de Baixo. Relator: Maurílio Moreira Leite. Florianópolis, 8 de setembro de 2004. Disponível em:
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAHKe7AAE&categoria=acordao>. Acesso em 28 set. 2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2010.069463-3, de Joinville. Relator: Altamiro de Oliveira. Florianópolis, 23 de novembro de 2010. Disponível em:
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAFUrsAAC&categoria=acordao>. Acesso em 03 out. 2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** (Quarta Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2013.063464-3, de Itajaí. Relator: Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, 10 de outubro de 2013. Disponível em:
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAEKzIAAG&categoria=acordao>. Acesso em 13 out. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Prática de Processo Penal.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.