

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

LOUISE FREIBERGER BASSAN

A Questão da Legitimidade da Prisão Preventiva para Garantia da Ordem Pública

Porto Alegre

2010

LOUISE FREIBERGER BASSAN

A Questão da Legitimidade da Prisão Preventiva para Garantia da Ordem Pública

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2010

LOUÍSE FREIBERGER BASSAN

A Questão da Legitimidade da Prisão Preventiva para Garantia da Ordem Pública

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 1 de dezembro de 2010.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Salo de Carvalho
UFRGS

Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo
UFRGS

Prof. Dr. Danilo Knijnik
Orientador
UFRGS

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Antônio Carlos e Úrsula Bassan, pelo apoio e amor incondicionais.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Danilo Knijnik, pelo auxílio no desenvolvimento deste trabalho e por tão atenciosa revisão.

Aos amigos que ganhei durante o meu estágio no Ministério Público Federal da 4ª Região, Dr. Douglas Fischer, Claiton Renato Marques e José Ricardo Fernandes, pelo estímulo diário ao conhecimento e estudo do processo penal.

RESUMO

A presente monografia aborda o tema da prisão preventiva para garantia da ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro, com foco na questão da sua legitimidade frente ao princípio da presunção de inocência, consagrado na Carta Magna de 1988. Analisa-se, destarte, em que medida é possível compatibilizar o princípio da presunção de inocência e o instituto da prisão preventiva para garantia da ordem pública, uma vez que esta não possui finalidade instrumental, imanente às medidas cautelares. Nesse escopo, são apresentadas as diversas posições doutrinárias a respeito do tema, constatando-se que impera a divergência de opiniões no que tange à possibilidade dessa compatibilização: há posições extremadas, nas quais se defende a inconstitucionalidade de tal modalidade de prisão dado seu típico caráter extraprocessual - o que faz com que a custódia preventiva consubstancie-se em uma pena antecipada -, bem como há quem defenda a possibilidade de uma interpretação da cláusula de ordem pública conforme à Constituição Federal, sustentando a necessidade de, além da instrumentalidade, acautelar o meio social. Além do exame doutrinário, pesquisa-se neste trabalho a abordagem dada à questão no âmbito dos tribunais pátrios. Assim sendo, alia-se o importante conhecimento teórico da doutrina com as soluções dadas nos casos concretos. Finalmente, após se examinar a garantia da ordem pública vinculada ao clamor público, à gravidade do crime e à reiteração delitiva, conclui-se que apenas há falar em legitimidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública nos casos de comprovada possibilidade de reiteração criminosa, em que, a partir de um juízo de ponderação a ser realizado no caso concreto, entenda-se que a entidade dos bens jurídicos que possam ser colocados em risco pela liberdade do acusado seja superior ao dano ocasionado pela privação de sua liberdade.

Palavras-chave: Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Legitimidade. Presunção de inocência. Prisão cautelar e instrumentalidade. Ordem pública, gravidade do crime e reiteração delitiva.

ABSTRACT

This monograph discusses the theme of preventive detention as a guarantee of law and order in Brazilian legal system, with focus on the subject of its legitimacy facing the principle of presumption of innocence, consecrated by the Constitution of 1988. Therefore, it is analysed in which manners it is possible to harmonize the principle of presumption of innocence with the institute of preventive detention as a guarantee of law and order, once this does not have an instrumental finality, immanent to precautionary measures. With this purpose, the diverse doctrinaire positions on the theme are presented, noticing the prevalence of divergence among the diverse opinions concerning the possibility of that harmonization: there are extreme positions, which defend the unconstitutionality of such modality of imprisonment, due to its typical characteristic of taking place prior to the lawsuit – which turns the preventive custody into an anticipated punishment – as well as there are some who defend the possibility of an interpretation of the “law and order” clause in accordance with the Federal Constitution, sustaining the necessity of, besides the instrumentality, protecting society. In addition to the doctrinaire examination, it is researched in this study the approach given to this matter by national courts. Therefore, the important theoretical knowledge is allied to the solutions given to concrete cases. Finally, after examining the guarantee of law and order tied to people’s clamour, to the crime’s gravity and to reiterating of the criminal behaviour, it is concluded that it is only to be spoken of legitimacy of preventive detention in order to guarantee law and order in the cases of proved possibility of reiterating the criminal behaviour, in which, from an judgement of prudence to be realized case by case, it will be concluded that the entity of the juridical values which may be put in danger with the defendant being free are superior to the damage occasioned by the privation of their freedom.

Keywords: *Preventive detention as a guarantee of law and order. Legitimacy. Presumption of Innocence. Precautionary imprisonment and instrumentality. Law and order. Gravity of the crime. Reiteration of the criminal behaviour.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PRIMEIRA PARTE - O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA	9
1 O Princípio da Presunção de Inocência	9
2 A Prisão Preventiva	15
3 A Presunção de Inocência e a sua Compatibilidade com a Prisão Preventiva	20
SEGUNDA PARTE - A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	30
1 A Garantia da Ordem Pública e o Clamor Público	33
2 A Garantia da Ordem Pública e a Gravidade do Delito	38
3 A Garantia da Ordem Pública e a Reiteração Delitiva	43
4 Sistematização da Prisão Preventiva	55
5 A Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública no Novo Código de Processo Penal	57
CONCLUSÕES	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Tratar de um tema que envolve prisão preventiva no contexto de uma ordem constitucional, como a brasileira, que assegura a liberdade como valor supremo e direito individual reveste-se de importância teórica e prática. Na análise da disciplina da prisão preventiva, buscando-se uma delimitação à pesquisa, salta aos olhos a relevância de um estudo acerca da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, porquanto esta, ao mesmo tempo em que tem sido cada vez mais utilizada pelos juízes brasileiros, mostra-se como uma hipótese extremamente controversa, quer na doutrina, quer nos tribunais.

Diante desse panorama, o presente estudo destinar-se-á à análise da prisão preventiva, previstas nos artigos 311 a 316, do Código de Processo Penal brasileiro, e abordará as hipóteses práticas freqüentemente relacionadas à prisão preventiva para a garantia da ordem, bem como a questão acerca da legitimidade de cada uma delas.

Como ponto de partida, ter-se-á a Constituição Federal e o princípio da presunção de inocência. Será traçado, pois, uma panorama histórico do princípio da presunção de inocência, desde a sua origem até a sua consagração nos principais tratados internacionais na Carta Magna brasileira de 1988. Analisar-se-ão, ainda, os significados atribuídos a esse princípio e o grau de importância que lhe é conferido dentro do sistema jurídico brasileiro.

Após, será objeto de estudo a disciplina da prisão preventiva, a qual é considerada a mais importante prisão provisória dentro do processo penal pátrio, e será salientado o seu caráter cautelar, fator que lhe atribui características como a instrumentalidade e a provisoriedade. Demais disso, e evidenciando-se como um dos principais pontos da primeira parte do presente trabalho, analisar-se-á a possibilidade de compatibilidade entre a prisão preventiva com o princípio da presunção de inocência. Afinal, e a questão aqui é evidente, deve-se indagar se é possível que um ordenamento constitucional que consagra a presunção abra espaço para uma privação de liberdade anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Consoante será demonstrado, a resposta para este problema não é objeto de consenso - principalmente quando o assunto diz, especificamente, com a legitimidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública frente a presunção de inocência.

Uma vez abordados e examinados os referidos temas, passar-se-á à segunda parte deste trabalho, a qual terá como objeto a hipótese específica da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, a qual encontra-se contemplada – juntamente com as hipóteses de conveniência da instrução criminal, assecuração da lei penal e garantia da ordem econômica –

no artigo 312, do Código de Processo Penal. Neste ponto, será destacado o problema acerca da indeterminação conceitual da expressão “ordem pública”, buscando-se preenchê-la de sentido. Mais do que isso, na tentativa de conferir um sentido legítimo ao conceito de garantia da ordem pública, dedicar-se-á um capítulo para a análise de cada um dos sentidos freqüentemente relacionados, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria, como autorizadores da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Assim sendo, em uma abordagem que buscará conciliar o enfoque técnico e crítico da doutrina com a experiência prática dos principais tribunais brasileiros, ter-se-á como matéria de estudo a prisão preventiva vinculada ao clamor público, à gravidade do delito e à reiteração delitiva. Indagar-se-á, em cada capítulo, até que ponto cada um desses sentidos mostram-se como motivos legítimos – dado a possibilidade de violação ao princípio da presunção de inocência – para autorizar uma segregação cautelar.

Por fim, será objeto de análise a disciplina reservada à segregação preventiva com base na garantia da ordem pública no novo Código de Processo Penal.

Destarte, sem ter a pretensão de exaurir o tema, buscar-se-á, com o presente estudo, uma resposta, ou um caminho para a resposta, acerca da legitimidade – ou não – da prisão preventiva calcada na garantia da ordem pública frente à consagração constitucional do princípio da presunção de inocência. Trata-se, em última análise, de indagar acerca da constitucionalidade de uma hipótese de prisão preventiva legalmente prevista no Código de Processo Penal.

I - O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA

1 O Princípio da Presunção de Inocência

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência adquiriu especial relevância a partir de 1988, quando da promulgação da nova Constituição da República Federativa do Brasil. A partir desta, a presunção de inocência adquiriu *status* constitucional, estando expressamente elencada no art. 5º, LVII, pela fórmula “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹.

De se referir que as constituições brasileiras anteriores, a seu turno, apesar de sempre generosas na enumeração de garantias fundamentais da justiça repressiva, nunca haviam feito menção ao princípio da presunção de inocência. Não obstante a ausência de expressa previsão constitucional até antes de 1988, parte da doutrina já considerava, em especial pela adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a presunção de inocência como princípio informador do ordenamento brasileiro².

Apesar de apenas recentemente ter ganho assento constitucional em nosso sistema jurídico, o princípio da presunção de inocência é digno de fundamental importância no âmbito do processo penal – tendo sido “elevado por Francesco Carrara a ‘postulado’ fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo”³ – e conta com uma história de peso: remonta ao direito romano, perpassando por regra tradicional no sistema de *Common Law* e, principalmente, vincula-se à revolução liberal do século XVIII⁴.

Mostra a história que, após o direito romano, a ideia de presunção de inocência até prova em contrário restou ofuscada – pode-se dizer, inclusive, invertida - pelas práticas inquisitoriais da Baixa Idade Média⁵. No processo medieval, o acusado não era tido como um simples suspeito, mas alguém já considerado culpado frente aos fatos criminais, cabendo a ele demonstrar a sua própria inocência⁶. Na mesma linha, a insuficiência de provas – mesmo que

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: BRASIL. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. p. 17-101. p. 21.

² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 30-31.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 442.

⁴ GOMES FILHO, *op cit.*, p. 9.

⁵ FERRAJOLI, *op cit.*, p. 441.

⁶ GOMES FILHO, *op cit.*, p. 10.

tal circunstancia demonstrasse uma dúvida acerca da culpabilidade – tinha *status* de semiprova, sendo apta a ensejar um juízo de semiculpa e uma semicondenação a uma pena mais branda⁷.

Tal caráter inquisitório do processo penal começou a sofrer duras críticas a partir do Movimento Iluminista. Nomes como Thomas Hobbes e Cesare Beccaria posicionaram-se contra o tratamento de culpado antes de qualquer sentença, ao qual era submetido todo homem que respondia a um processo penal⁸. Assim, o apelo à presunção de inocência que se iniciou com os pensadores iluministas, atingiu seu ápice na Revolução Francesa, tendo sido expressamente adotado pela Declaração de Direitos do Homem de 1789. Esta, em seu art. 9 proclamou: *“Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement repriée par la loi”*.

Destarte, consoante salienta Eugênio Pacelli, a retomada do princípio da presunção de inocência e sua consagração na Declaração de Direitos do Homem

coincide com a queda do sistema inquisitivo, tão proveitoso ao absolutismo no *ancien régime*, e à conseqüente instauração do modelo acusatório de processo penal, no qual, jurisdicionada a persecução penal, situou-se o réu não mais como objeto das investigações, mas como sujeito de direitos na relação processual⁹.

Mais do que isso, é nessa mudança de foco promovida pela revolução liberal “em que o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade, que está a chave para se compreender o conteúdo e alcance do princípio da presunção de inocência”¹⁰. Nesses termos, a história do princípio da presunção de inocência é rica, ainda mais quando se visa a compreender o seu significado e, especialmente, o seu significado no ordenamento pátrio.

Uma vez elevado a norma constitucional, o princípio da presunção de inocência tem o seu alcance irradiado para todo ordenamento jurídico. Consoante referido por Antônio Magalhães Gomes Filho, trata-se de um “princípio informador de todo o processo penal, devendo servir pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal”¹¹. Na mesma linha, salienta Eugenio Pacelli, que “o princípio ocupa

⁷ FERRAJOLI, **Direito**..., 2002, p. 441.

⁸ *Ibid.*, p. 442.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 23.

¹⁰ SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. **Direito Federal**: Revista da AJUFE, Brasília, DF, v. 23, n. 82, p. 293-251, out. 2005. p. 241.

¹¹ GOMES FILHO, **Presunção**..., 1991, p. 37.

posição de proeminência na elaboração do devido processo penal, exigido pela vigente ordem constitucional”¹². Logo, dada a sua relevância, mister é compreender o significado, ou os significados, do princípio ora em análise.

A doutrina, tanto brasileira, como estrangeira¹³, parece convergir e apresentar opiniões uniformes quanto ao significado da presunção de inocência. O referido princípio diz com duas garantias para o acusado: a primeira delas manifesta-se no campo probatório, indicando que o ônus de demonstração da culpabilidade incumbe à acusação (não sendo tarefa do suspeito demonstrar a sua inocência), do que deriva também a regra de absolvição em caso de dúvida; a segunda, refere-se ao tratamento que deve ser dispensado ao acusado no decorrer do inquérito e do processo penal, indicando que o suspeito não pode sofrer qualquer espécie de equiparação ao culpado antes da condenação¹⁴.

Além desses dois significados já consagrados, Luiz Flávio Gomes atribui, ainda, mais um terceiro significado ao princípio, aludindo ao “conteúdo tridimensional da presunção de inocência”. Segundo o referido autor, ao lado da “presunção de inocência como regra probatória” e da “presunção de inocência como regra de tratamento”, está a “presunção de inocência como regra de garantia”, a qual resta violada “quando na atividade acusatória ou probatória não se observa estritamente o ordenamento jurídico”¹⁵. Acrescenta que

a comprovação da culpabilidade, como exigência que emana da regra probatória, de outro lado, precisa revestir-se de legalidade. Não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de Direito. A colheita da provas deve seguir o *due process of law*. Cuida-se da atividade pública cercada de garantias¹⁶.

Do mesmo modo, Odone Sanguiné, em *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, esclarece que a presunção de inocência, especialmente no que tange à adoção de medidas cautelares, além de atuar como regra de juízo (“*regla de juicio*”) e como regra de tratamento do acusado (“*regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal*”), atua como um critério informador reitor do ordenamento processual-penal, pelo qual se busca, sobretudo, “*establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal, que*

¹² OLIVEIRA, **Regimes...**, 2007, p. 23.

¹³ FERRAJOLI, **Direito...**, 2002, p. 442.

¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, 1992. p.19.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 729, p. 377-387, 1996. p. 386.

¹⁶ *Ibid.*, p. 386.

*obliga a partir siempre de la inocencia y no de la culpabilidad, hasta que una otra esten establecidas con certeza jurídica firme*¹⁷.

Para a questão a ser desenvolvida no presente trabalho, a qual visa a analisar a compatibilidade da presunção de inocência com a prisão preventiva – em especial com a prisão decretada a partir da cláusula de ordem pública -, dos significados acima expostos, tem fundamental relevância o significado de “regra de tratamento do imputado”. Esta diz com “a vedação de tratamento vexatório ao aprisionado, ao tempo que, no plano processual, exigiria, indispensavelmente, a necessidade como razão única da custódia anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória”¹⁸.

Antonio Magalhães Gomes Filho anota que:

a presunção de inocência traduz sobretudo uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são inaceitáveis quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes de uma sentença definitiva, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental. À vista disso, as implicações mais evidentes do preceito dizem respeito à vedação de medidas executórias contra o réu e, especialmente, à disciplina das providências cautelares¹⁹.

Por fim, cumpre referir que, não obstante tenha o constituinte brasileiro consagrado a fórmula “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, não fazendo referencia expressa à “presunção de inocência”, não restam dúvidas de que a norma constitucional, assim como redigida, traz consigo todas as garantias e significados iminentes ao princípio da presunção de inocência.

Contudo, de início, quando da promulgação da atual Constituição, o enunciado contido no inciso LVII, do artigo 5º, ensejou alguns debates a respeito do seu verdadeiro alcance. Pelo fato de o preceito falar em “não-culpabilidade”, ao invés de se referir à presunção de inocência, como o fizeram até então a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, questionou-se se a Carta Magna estaria efetivamente consagrando o princípio da presunção de inocência ou apenas o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita²⁰.

¹⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 432-433.

¹⁸ OLIVEIRA, **Regimes...**, 2007, p. 26-27.

¹⁹ GOMES FILHO, **Prisão cautelar...**, 1992, p. 19

²⁰ SCHREIBER, **O princípio...**, 2005, p. 239.

Mister referir que, no cerne dessa ambígua redação, encontra-se um rico debate doutrinário em que participaram duas Escolas Penas Italianas – os ensinamentos da Escola Clássica, de um lado, e os argumentos da Escola Positiva e Técnico-Jurídica, de outro²¹. A Escola Clássica, notadamente conhecida pelas idéias de Carrara e Carmignani, sofreu influência do movimento Iluminista, defendendo, pois, um modelo liberal de processo penal, no qual a presunção de inocência aparecia como princípio orientador e fundamentador de todo o processo penal²². Nessa concepção, consoante análise de Jaime Vegas Torres,

todos e cada um dos momentos do processo penal, todas e cada uma das regras que o disciplinam, encontram seu fundamento na proteção da inocência, de tal forma que a infração a qualquer dessas regras se converte em um ataque dirigido, em última instância, contra a própria presunção de inocência²³.

Contrapondo-se à Escola Clássica, negando o valor que esta atribuiu à presunção de inocência, desenvolveram-se as ideias dos estudiosos da Escola Positiva e Técnico-Jurídica, a qual teve como seu principal expoente Vincenzo Manzini²⁴. O pensamento técnico-jurídico, liderado por Manzini, buscava diminuir a importância da presunção de inocência, sob o argumento de que, no cotejo entre as características fundamentais do processo penal – quais sejam, “meio de tutela do interesse social de repressão da delinquência e meio de tutela do interesse individual e social de liberdade”²⁵ – a que se apresenta como mais importante é a da repressão da delinquência²⁶. Mais do que isso, em uma enorme repulsa à presunção de inocência, Manzini chegou a ressaltar que, sendo o escopo do processo penal a verificação do fundamento da pretensão punitiva do Estado, a própria instauração do processo penal fazia com que se presumisse a culpabilidade o acusado – e não o contrário²⁷.

A Escola Técnico-Jurídica teve grande influência no decorrer do regime fascista, bem como viu suas ideias serem acolhidas pelo Código de Processo Penal Italiano de 1930. Salienta-se que os postulados da Escola conferiam valor ao inviolável direito de defesa, bem como ao princípio de que o acusado não poderia ser considerado culpado antes da sentença

²¹ GOMES, Sobre o conteúdo..., 1996, p. 378.

²² *Ibid.*

²³ TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocência y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993. p. 20 *apud* GOMES, Sobre o conteúdo..., 1996, p. 378.

²⁴ GOMES FILHO, **Presunção de inocência**..., 1991, p. 14,16.

²⁵ TORRES, Jaime Vegas. Presunción de inocência y prueba en el proceso penal. Madrid: La Ley, 1993. p. 20 *apud* GOMES, Sobre o conteúdo..., 1996, p. 379.

²⁶ GOMES, *op cit.*, p. 379.

²⁷ GOMES FILHO, *op cit.*, p. 16-17.

condenatória definitiva. Todavia, assim como o acusado não era tido como culpado, também não deveria ser visto como inocente. Falava-se, portanto, em posição neutra do indiciado²⁸.

A nossa Constituição de 1988, a seu turno, ao proclamar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, adotou, justamente, semelhante redação a do art. 27, Parágrafo 2º, da Constituição Italiana de 1948, a qual sofreu forte influxo de parte da doutrina que pregava a restrição do princípio da presunção de inocência²⁹. Entretanto, em que pese a nítida influência das concepções da Escola Técnico-Jurídica na redação brasileira e a ideia de neutralidade que decorre da “não-culpabilidade”, certo é que não é possível limitar o alcance e os significados garantistas decorrentes do “princípio da presunção de inocência” em nosso ordenamento pátrio.

Nesse sentido, defende Luiz Flávio Gomes que

depois da CF de 1988, urge a proclamação da liberdade individual, que tem como um dos vetores a presunção de inocência. A aparente neutralidade ora analisado (art. 5, inc. LVII) não consegue esconder (muito menos impedir) o manancial limitador e garantista que emerge do princípio citado. Uma Constituição que tem como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1, III), que afirma a inviolabilidade da liberdade (art. 5), que exige prisão fundamentada etc., evidentemente, parte do pressuposto de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar. Só em casos excepcionais, respeitando o devido processo legal (*due process of law*), pode haver, portanto, privação ou restrição dessa liberdade³⁰.

Do mesmo modo, essa possível diferenciação entre os preceitos de “presunção de inocência” e “desconsideração prévia da culpabilidade” não vingou em nossa prática judiciária. A análise da jurisprudência brasileira evidencia que as duas expressões são freqüentemente usadas como sinônimos³¹.

Além disso, importa referir que o Brasil é signatário de tratados internacionais que asseguram, expressamente, o princípio da presunção de inocência. Destaca-se a especial relevância da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, o qual, com a publicação do Decreto 678, de 9 de novembro de 1992, foi oficialmente integrado no ordenamento jurídico nacional. Tal Pacto, “em sede de

²⁸ GOMES, Sobre o conteúdo..., 1996, p. 381.

²⁹ SCHREIBER, O princípio..., 2005, p. 240.

³⁰ GOMES, *op cit.*, 1996, p. 381.

³¹ Ver SHREIBER, *op cit.*, p. 241: “Veja-se o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal: ‘[...] II. Prisão preventiva, motivação inidônea. O apelo à preservação da ‘credibilidade da justiça e da segurança pública’ não constitui motivação idônea para a prisão processual, que – dada a presunção de inocência ou da não culpabilidade – há de ter justificativa cautelar e não pode substantivar antecipação da pena e de sua eventual função de prevenção geral’. HC 82797/PR - Relator Sepúlveda Pertence - Julgamento: 01/04/2003 – DJ 02/05/2003 – Primeira Turma – Unânime.”

princípios, constitui certamente o documento internacional mais atento à situação ou posição do acusado no processo penal [...] e assegura o princípio da presunção de inocência”³².

Destarte, conclui-se que o princípio da presunção de inocência encontra-se devidamente consagrado, com toda a sua força e alcance, no ordenamento brasileiro. Quer se fale em presunção de inocência, quer se fale em princípio da não-culpabilidade, o significado da norma elencada no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, deve ser aplicado em toda a sua extensão. Consoante salienta Eugênio Pacelli de Oliveira, “quando se afirma que ninguém será considerado culpado, o que se tem em vista é precisamente a fixação de limites bem delineados à atividade persecutória”³³.

2 A Prisão Preventiva

A prisão preventiva encontra-se regulada no ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 311 a 316³⁴ do Código de Processo Penal. Ela é considerada uma espécie de medida cautelar de natureza pessoal, consubstanciando-se em uma prisão que é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim sendo, a prisão preventiva diferencia-se da chamada “prisão-pena”, sendo esta toda prisão imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado. Tem-se, pois, que a prisão pena é “a privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade”, sendo “a medida penal destina à satisfação da pretensão executória do Estado”³⁵.

Salienta-se que a prisão preventiva encontra-se constitucionalmente autorizada no artigo 5º, da Constituição Federal, dispondo o inciso LXI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”³⁶.

Além da prisão preventiva, a prisão em flagrante delito e a prisão temporária também são prisões que não decorrem de sentença condenatória transitada em julgado e, por esse motivo, essas três modalidades prisionais são comumente denominadas de “prisões

³² OLIVEIRA, **Regimes...**, 2007, p. 21.

³³ *Ibid.*, p. 31.

³⁴ BRASIL. Código de processo penal. *In*: BRASIL. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. p. 585-644. p. 607-608.

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 251.

³⁶ BRASIL, Constituição..., 2010b, p. 21.

provisórias”. Em que pese tal semelhança, cada uma delas tem disciplina e peculiaridades próprias.

A propósito, vale ressaltar que o presente trabalho limitar-se-á à análise do conteúdo da prisão preventiva. Apenas a título de sistematização, salienta-se que a prisão como mera decorrência de decisão de pronúncia e a prisão em decorrência de sentença condenatória – ao lado da prisão em flagrante delito, da prisão preventiva e da prisão temporária - também sempre foram designadas de “prisão provisórias”, porém, elas foram banidas de nosso sistema jurídico com a minirreforma de processo penal ocorrida no ano de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719)³⁷.

No que tange à importância conferida à prisão preventiva, salienta Roberto Delmanto Junior que – desde o advento da Lei n. 5.349, de 1967, responsável pela extinção da prisão preventiva obrigatória, bem como, posteriormente, com a promulgação da Lei n. 6.416, de 1977, que impossibilitou a manutenção da prisão em flagrante quando não verificados os pressupostos e requisitos da prisão preventiva – tal custódia é tida como a “principal modalidade de prisão cautelar de nosso ordenamento”³⁸. Da mesma forma, evidenciando o prestígio da prisão preventiva, Antonio Scarance Fernandes anota que ela é a “hipótese clássica de prisão cautelar no sistema brasileiro”³⁹. Demais disso, sendo decretável a qualquer momento, mesmo antes do oferecimento da denúncia – consoante disposto no artigo 311, do Código de Processo Penal -, a prisão preventiva “se projetou sobre as outras modalidades de prisão provisória, afigurando-se quase que suficiente, de per si, a tutelar o bom andamento do processo penal e a eficácia de suas decisões”⁴⁰.

Salienta-se que ambos os autores citados tocam em um ponto relevante: a natureza cautelar atribuída à prisão preventiva. Com efeito, a doutrina brasileira – calcada também em ensinamentos de autores estrangeiros – mostra-se uníssona em considerar a segregação preventiva como uma medida cautelar de natureza pessoal⁴¹.

Explicando a cautelaridade, anota Antonio Scarance Fernandes que:

No intervalo entre o nascimento da relação jurídico processual e a obtenção do provimento final, existe sempre um risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetarem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 466.

³⁸ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.138.

³⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 301.

⁴⁰ DELMANTO JUNIOR, *op cit.*, p. 138-139.

⁴¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 80.

necessidade de medidas cautelares que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa⁴².

Antonio Magalhães Gomes Filho, a seu turno, preleciona que:

Na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa vir a ser seguido e, principalmente, possa ser eficaz. [...] As atividades cautelares, desenvolvidas através do processo que toma o mesmo nome e objetivando a emanção de um provimento acautelatório, propiciam, então, condições para o êxito das tarefas de conhecimento e execução⁴³.

No âmbito do sistema processual penal, as medidas cautelares podem ser classificadas em medidas cautelares reais (ex. busca e apreensão e arresto), medidas cautelares concernentes à prova (depoimentos antecipados) e medidas cautelares pessoais (incidem sobre a pessoa do acusado)⁴⁴. Nessa divisão, consoante referido, a prisão preventiva enquadra-se neste último grupo.

No que tange ao processo cautelar, constata-se que a tendência no Brasil é de dotá-lo de autonomia, porém sempre ligado a outro processo – seja de conhecimento, seja de execução – que justificaria a sua existência. A partir desse ponto de vista, “a tutela cautelar é de natureza instrumental, sendo meio para que se realize a tutela jurisdicional do processo de conhecimento ou de execução. No dizeres de Calamandrei, o processo cautelar é o ‘instrumento do instrumento’ ”⁴⁵.

Portanto, sendo a prisão preventiva um provimento cautelar, ela deve obedecer - considerando-se a posição majoritária consoante a qual “a cautelaridade constitui uma técnica processual destinada a superar os riscos inerentes à própria estrutura do processo”⁴⁶ - a duas características fundamentais de toda medida cautelar, quais sejam, a instrumentalidade e a provisoriedade⁴⁷. Quanto a esses dois elementos indispensáveis, explica Romeu Pires de Campos Barros:

⁴² FERNANDES, **Processo penal...**, 2002, p. 297.

⁴³ GOMES FILHO, **Presunção...**, 1991, p. 53-54.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁵ FERNANDES, *op cit.*, p. 298.

⁴⁶ GOMES FILHO, *op cit.*, p. 55.

⁴⁷ BARROS, **Processo penal...**, 1982, p. 12.

é pela instrumentalidade que ressalta a mais importante característica da medida cautelar que não tem um fim em si mesma, mas sim em relação a outra providência cuja finalidade é a composição definitiva da lide. O que se procura é que a demora na prolação definitiva da lide possa causar prejuízo. A instrumentalidade reside em suma em ser a medida cautelar destinada a tutela do processo e não do direito que se pretende tutelar, através desse mesmo processo principal. Outra característica sensível da medida cautelar é a provisoriedade, que resulta da circunstância de que a medida acauteladora não se reveste de caráter definitivo, durando apenas determinado espaço de tempo, cessando seus efeitos não só pelo advento da decisão definitiva proferida no processo principal, mas desde que ocorra a ausência de qualquer um dos seus pressupostos⁴⁸.

Todavia, importa referir que, além do pensamento dominante que considera a instrumentalidade como a característica mais importante da medida cautelar, há uma outra posição que defende uma “autonomia mais profunda do processo cautelar, admitindo-se a existência de um direito substancial de cautela”⁴⁹. Em linha semelhante, Eugenio Pacelli de Oliveira, ao anotar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado – como é o caso da prisão preventiva – deve ser considerada prisão cautelar, explica que “cautelar” diz com “função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública”⁵⁰.

De rigor mencionar, ademais, que além do seu caráter manifestamente instrumental, a decretação da prisão preventiva também está vinculada, como toda e qualquer medida acautelatória, a presença de dois pressupostos indispensáveis, quais sejam, a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Nesses termos, dispõe o artigo 312, do Código de Processo Penal, que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”⁵¹.

O *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito é a “aparência jurídica da pretensão postulada”⁵², que no caso da prisão preventiva corresponde, consoante consagra o artigo supracitado, à prova da existência do crime e aos indícios suficientes de autoria. Justamente por isso, mister referir, que ao tratarem de cautelares constitutivas de liberdades, os

⁴⁸ BARROS, **Processo penal...**, 1982, p. 45.

⁴⁹ FERNANDES, **Processo penal...**, 2002, p. 298.

⁵⁰ OLIVEIRA, **Curso...**, 2009, p. 467.

⁵¹ BRASIL, **Código...**, 2010a, p. 607.

⁵² BARROS, *op cit.*, 1982, p. 41.

doutrinadores costumam utilizar a expressão *fumus comissi delicti*⁵³. Ademais, ressalta-se que, exigindo a lei “prova” da existência do crime, “não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência de ilícito penal”⁵⁴.

O *periculum in mora*, a seu turno, diz com uma avaliação acerca da urgência da medida, ou, em outras palavras, “indica o perigo de insatisfação daquele direito diante da demora na prestação jurisdicional definitiva”⁵⁵. Tal “*periculum in mora* mostra-se indispensável para a imposição da prisão preventiva”⁵⁶, sendo que a lei tipifica, justamente no art. 312, do CPP, as situações em que considera haver probabilidade de perigo e, logo, a justificação da medida. Assim, “o *periculum* encontra-se previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão constantes na parte inicial do mencionado artigo, ou seja, prisão para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”⁵⁷. De se consignar, ainda, que, no campo das cautelares pessoais, a expressão *periculum libertatis* é comumente usada como sinônimo de *periculum in mora*.

Do exposto até aqui, pois, certo é que a prisão preventiva é uma medida cautelar, estando calcada em seu caráter instrumental e provisório, bem como exige, para sua decretação, a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. A sua disciplina, porém, não se esgota aqui.

Além de sua finalidade cautelar, a prisão preventiva deve ser, sempre, necessária, excepcional e proporcional⁵⁸, porquanto atenta contra o direito fundamental à liberdade individual. Com efeito, quanto à necessidade e excepcionalidade da prisão preventiva, dispõe Romeu Pires de Campos Barros:

a prisão preventiva, como medida de privação da liberdade pessoal, reveste-se de excepcional gravidade e importância, em virtude de ser decretada contra uma pessoa apenas suspeita, ou melhor, contra quem ainda não foi declarado culpado por um sentença transitada em julgado. Sendo a liberdade individual um direito fundamental, inerente ao ser humano, amparado pela legislação de todos os países democráticos, representa a medida uma afronta a esse direito, que, somente após o pronunciamento judicial, poderá sofrer qualquer restrição. Daí justificá-la como necessária⁵⁹.

⁵³ DELMANTO JUNIOR, *As modalidades...*, 1998, p. 67.

⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabrini. São Paulo: Atlas, 2008. p. 390.

⁵⁵ GOMES FILHO, *Presunção...*, 1991, p. 54.

⁵⁶ BARROS, *Processo penal...*, 1982, p. 196-197.

⁵⁷ FERNANDES, *Processo penal...*, 2002, p. 301.

⁵⁸ DELMANTO JUNIOR, *op cit.*, p. 70.

⁵⁹ BARROS, *op cit.*, p. 82-83.

Na linha de seu pensamento, citando Achille Battaglia, Romeu Pires de Campos Barros destaca ainda que “não se deve prender alguém senão quando todos outros meios se tornem ineficazes ao fim”⁶⁰.

Quanto à proporcionalidade, esta diz com a necessidade de que, quando da decretação da prisão preventiva, “não se perca de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é sua razão de ser”. Assim, em que pese a nossa legislação não tenha feito alusão expressa à necessidade de adoção de critério de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares, visualiza-se que nosso código contempla tal preocupação. Nesse sentido, um exemplo da necessidade de proporcionalidade na medida é percebida através da “impossibilidade legal de se decretar a prisão preventiva para crimes culposos e/ou contravenções (art. 313), mesmo que se constate a presença de requisitos fáticos para a sua concessão, entre aqueles arrolados no art. 312, do CP”⁶¹.

3 A Presunção de Inocência e a sua Compatibilidade com a Prisão Preventiva

Ao se tratar de um tema que envolve prisão preventiva, inevitavelmente, surge a necessidade de analisar a sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Isso porque “o direito à presunção de inocência constitui princípio inspirador e reitor, por excelência, do regime de prisão provisória”⁶².

Certo é que o princípio da presunção de inocência, uma vez analisado a partir de uma visão mais radical, levaria à completa inadmissão das prisões decretadas anteriormente à condenação⁶³. Nesses termos, defendendo a ilegitimidade do encarceramento preventivo, encontra-se Luigi Ferrajoli. Este, em sua obra intitulada “Direito e Razão”, após abordar um profundo panorama histórico do princípio da presunção de inocência e de relacionar este com o princípio da submissão à jurisdição⁶⁴, bem como após analisar o instituto da prisão

⁶⁰ BARROS, **Processo penal...**, 1982, p. 188.

⁶¹ OLIVEIRA, **Curso...**, 2009, p. 468-469.

⁶² SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 230.

⁶³ GOMES FILHO, **Presunção...**, 1991, p. 65.

⁶⁴ Preleciona Luigi Ferrajoli que “se a jurisdição é atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação” (FERRAJOLI, **Direito...**, 2002, p. 441).

preventiva, manifesta-se acerca da ilegitimidade do cárcere preventivo. Dispõe o referido autor:

penso que a mesma admissão em princípio da prisão ante iudicium, qualquer que seja o fim que lhe queira associar, contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e arbítrio⁶⁵.

Todavia, no que tange ao clássico antagonismo entre presunção de inocência e prisão preventiva, constata-se que, atualmente, a doutrina majoritária defende a impossibilidade de se sustentar a completa ilegitimidade da prisão provisória.

Nesses termos, Odone Sanguiné argumenta que:

[...] Por su misma naturaleza de verdad interina o provisional, la presunción de inocencia no llega a evitar la prisión preventiva, que supone un grave sacrificio para el sospechoso presunto inocente con alto custo para su libertad personal, pues en otro caso se llegaría a una conclusión aberrante y absurda, a saber: imaginar un proceso penal desermado, inoperante y estéril para alcanzar sus fines primordiales. De esta manera, la referida presunción puede ser vencida y desplazada por las pruebas de culpabilidad aportadas por la acusación o aparecidas en el juicio, si la medida es necesaria para el desenvolvimiento del procedimiento⁶⁶.

O excerto citado enfoca em um ponto importante: a natureza jurídica da presunção de inocência, considerada como verdade interina.

Com efeito, a doutrina mais abalizada já tratou de enfrentar a questão concernente à natureza jurídica da presunção de inocência, concluindo que esta não é uma verdadeira presunção em sentido técnico-processual, porquanto não é possível encontrar nela todos os elementos que formam a estrutura das presunções. Em outras palavras, a presunção de inocência não pode ser considerada uma presunção legal (ou de direito), “diante da ausência de um sentido lógico de probabilidade, e da relação causal entre o fato real e o presumido, já que a maioria dos réus, provavelmente, será condenada”⁶⁷; bem como não pode ser considerada uma presunção judicial, uma vez que já vem estabelecida pelo legislador constituinte.

⁶⁵ FERRAJOLI, *Direito...*, 2002, p. 446.

⁶⁶ SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, 2003, p. 433.

⁶⁷ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007. p. 51.

Assim, a doutrina converge no sentido de classificar a presunção de inocência como uma verdade interina (“verdade estabelecida pelo legislador com valor interino, verdade provisória submetida ao referendo de uma eventual prova em contrário”⁶⁸). Logo, a “presunção de inocência protege o suspeito em todo o caso até que, eventualmente, se produza a prova e, com ela, a certeza jurídica da culpabilidade”⁶⁹. As verdades interinas diferenciam-se das presunções autênticas, uma vez que estas necessitam de uma prova prévia no processo para que seja possível, a partir dessa prova, passar ao fato desconhecido por meio de uma regra lógica ou de experiência. De modo diverso, na verdade interina não existe o enlace entre duas afirmações, não existe um fato real provado para se chegar ao fato presumido: esse mecanismo de enlace fundado na normalidade (próprio da presunção) é substituído pelo mandato estabelecido pelo legislador antecipadamente. No caso da presunção de inocência, a falta da prova de culpa equivale a prova legal da inocência, enquanto não se produza prova em contrário. Tem-se, pois, que a presunção de inocência, no processo penal, assemelha-se a uma presunção *iuris tantum*, a qual manifesta seus efeitos até que seja afastada por uma prova que demonstre o contrário⁷⁰.

Destarte, considerada a natureza de verdade interina conferida à presunção de inocência, esta pode ceder à prisão preventiva quando, devidamente demonstradas a materialidade delitiva e os indícios de autoria, a prisão preventiva estiver baseada na absoluta necessidade. É nesses termos, aliás, que o Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 312, autoriza a decretação da prisão preventiva, desde que preenchidas uma das condições ali elencados (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal), sempre que presentes os pressupostos de “prova da existência do crime” e “indícios suficientes de autoria”⁷¹.

Demais disso, ainda no que tange à legitimidade da prisão preventiva frente ao princípio da presunção de inocência, Odone Sanguiné acrescenta que:

[...] La doctrina dominante defiende la compatibilidad entre la prisión provisional y la presunción de inocencia. Para ello, argumenta, por un lado, que la prisión preventiva se adopta de forma generalizada a nivel internacional, lo que significaría que tiene unas finalidades que cumplir a nivel procesal y social y, por otro lado, se hace referencia al razonamiento de que ambas, la prisión preventiva y la presunción de inocencia, aparecen reconocidas en la Constitución y en textos internacionales. La propia Constitución reconoce la existencia de

⁶⁸ VARALDA, **Restrição...**, 2007, p. 53.

⁶⁹ SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 430-431.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 431.

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v. p. 519-520.

*la prisión provisional precisamente en el precepto que garantiza el derecho a la libertad. Entre el principio de la presunción de inocencia y la ratio de la prisión provisional abstractamente considerada, no existen elementos inconciliables: ambas se encuadran en un planteamiento programático coherentemente inspirado*⁷².

Destarte, certo é que a presunção de inocência não pode ser aplicada com todo o seu rigor verbal, pois, se assim fosse, nenhuma prisão preventiva estaria justificada. Certo é também, consoante exposto, que a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência, entendem pela compatibilidade entre os dois institutos. Assim, admitida a compatibilidade, imprescindível é encontrar um ponto de equilíbrio entre a presunção de inocência e a prisão provisória.

Em busca do referido ponto de equilíbrio, Odone Sanguiné salienta, primeiramente, que a prisão preventiva será legítima ou não de acordo com os fins com os quais ela se relaciona⁷³ e que, dado a função limitadora que a prisão de inocência desempenha frente à prisão preventiva, esta deverá ser sempre excepcional⁷⁴. Nesse termos, funcionando a presunção de inocência como limite de caráter teleológico para encher o vazio de fins, entende o referido autor que – para que se obedeça ao significado de presunção de inocência como regra de tratamento do imputado - o critério e limite constitucional reitor para distinguir entre fins legítimos e fins inconstitucionais da prisão preventiva é a proibição que esta tenha como finalidade a antecipação da pena⁷⁵.

Todavia, Sanguiné alerta para o fato de que encontrar o exato limite teleológico que a presunção de inocência exerce sobre a prisão preventiva nunca se mostrou uma função fácil. Isso porque

*la presunción de inocencia funciona sólo como um límite e carácter negativo que oscila conforme a la interpretación que le concedan los operadores jurídicos, y porque el legislador no está vinculado por la Constitución en la fijación de ciertos presupuesto, con preferència de otros, para el uso de las medidas coercitivas; y el Juez, a su vez, no encuentra criterios de valoración objetiva a los que atenerse en sus decisiones en esta materia*⁷⁶.

⁷² SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 438.

⁷³ Nas palavras de Odone Sanguiné tem-se: “[...] *el problema de la legitimidad constitucional de la prisión provisional, por tanto, se identifica con los de la legitimidad de los fines que a ella son atribuidos, y respecto a los cuales la presunción de inocencia desempeña un límite teleológico negativo [...]*” (SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 440).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 441.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 447.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 446.

De qualquer sorte, em que pese a dificuldade do tema, Odone Sanguiné salienta que a doutrina mais garantista vem convergindo pelo menos em relação a um ponto: a prisão preventiva não pode ter um caráter exclusivo de pena, não pode ser decretada como uma antecipação da pena, já que esta só poderá ser imposta pela condenação definitiva⁷⁷.

Nessa linha de argumentação, defende Sanguiné que, a fim de que a prisão preventiva não tenha finalidade punitiva, ela não pode perseguir fins de natureza penal (prevenção geral e especial), mas apenas fins de caráter processual (assegurar o processo e a prova)⁷⁸.

Com efeito, grande parte dos autores sustenta que a harmonização entre a presunção de inocência e a prisão preventiva pode ser alcançada sempre que a privação de liberdade tiver uma finalidade exclusivamente cautelar, aqui sendo cautelaridade vinculada à noção de instrumentalidade.

Antonio Magalhães Gomes Filho compartilha desse ponto de vista ao afirmar que “as prisões decretadas anteriormente à condenação encontram justificção apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual”⁷⁹. Isso porque, “diversa da prisão penal propriamente dita, a prisão cautelar não deve objetivar a punição, constituindo apenas instrumento para a realização do processo ou para a garantia de seus resultados”⁸⁰.

De forma análoga, Fernando da Costa Tourinho Filho entende que as medidas cautelares – gênero do qual faz parte a espécie “prisão preventiva” – têm por objeto assegurar os meios para que os efeitos da decisão definitiva não se tornem ilusórios. Concluindo, pois, que a prisão preventiva apenas não viola o princípio da presunção de inocência, ao ser permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal⁸¹.

De acordo com a referida argumentação, portanto, a prisão preventiva mostra-se legítima sempre que visar a objetivos instrumentais - como assegurar a presença do acusado ou a futura execução da pena -, porquanto, nesse caso, a privação da liberdade não tem uma

⁷⁷ SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 446-447.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 450. No que tange à pena, destaca Guilherme de Souza Nucci, que ela tem como finalidade a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. Nutti ainda explica que “o caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdivide-se em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 379).

⁷⁹ GOMES FILHO, **Presunção...**, 1991, p. 65.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 59.

⁸¹ TOURINHO FILHO, **Processo penal**, 2008, p. 521.

função de antecipação da pena. Nessa linha, não tendo a prisão preventiva os fins próprios da pena, não há falar em juízo de culpabilidade prévio à condenação. Não ofende, pois, o princípio da presunção de inocência.

Nesses termos, certo é que a prisão preventiva fundada na necessidade de se resguardar o feito principal já é amplamente aceita pela doutrina, visto que não traz em si o caráter de pena antecipada. Transpondo-se tal fundamento para o Código de Processo Penal brasileiro, especialmente para o seu artigo 312, é possível constatar, de plano, que, das quatro condições elencada para a decretação da prisão preventiva (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal e asseguaração de eventual pena a ser imposta), duas delas – conveniência da instrução penal e asseguaração da pena – encontram legitimação, certamente, em seu caráter instrumental.

No que tange à decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução penal, trata-se da prisão decretada “em razão de perturbação ao regular andamento do processo”⁸². Como perturbação ao regular andamento do processo pode-se entender o fato de o réu ameaçar testemunhas, intimidar peritos ou o próprio ofendido, ou ainda realizar qualquer outro incidente que crie obstáculos e ocasione prejuízo à instrução. Nessas situações, “o poder coercitivo do Estado se justifica para impedir que o réu prejudique a atividade jurisdicional, perturbando a obtenção da verdade”⁸³.

A decretação da segregação preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, a seu turno, diz com as hipóteses em que há risco real de fuga do suspeito e, logo, risco de não aplicação da lei caso sobrevenha sentença penal condenatória. Todavia, mister referir que tal risco de fuga deve ser sempre um risco concreto, “não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu”⁸⁴.

Assim sendo, a doutrina, seguida pela jurisprudência pátria, revela-se uníssona na conclusão acerca da constitucionalidade da segregação preventiva calcada nas hipóteses de conveniência da instrução criminal e asseguaração da pena. Nas palavras de Roberto Delmanto Junior, temos: “esses dois requisitos [conveniência da instrução criminal e o asseguaramento da aplicação da lei pena], por si só, traduzem a essência de toda medida cautelar e, a priori, bastariam à tutela do bom andamento do processo e da efetivação de seu resultado”⁸⁵.

⁸² OLIVEIRA, **Curso...**, 2009, p. 489.

⁸³ TOURINHO FILHO, **Processo penal**, 2008, p. 525.

⁸⁴ OLIVEIRA, *op cit.*, p. 489.

⁸⁵ DELMANTO JUNIOR, **As modalidades...**, 1998, p. 148.

De forma diversa, a hipótese da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública – objeto de estudo do presente trabalho - mostra-se, a princípio, como uma custódia cautelar que não guarda qualquer relação direta com o processo no curso do qual é decretada⁸⁶, e, por isso, sempre foi vista com muita desconfiança por uma parte da doutrina processual penal. Nesses termos, posicionando-se contrariamente a tal custódia por ofensa à presunção de inocência, Antonio Magalhães Gomes Filho, destaca que:

à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em ‘exemplariedade’, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça na sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes [...]. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um “instrumento a serviço do instrumento”, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade⁸⁷.

No mesmo sentido, manifesta-se Fernando da Costa Tourinho Filho ao referir que “a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma dessas circunstâncias: ‘conveniência da instrução criminal’ e ‘asseguramento da aplicação da lei penal’ ”⁸⁸.

Mais do que isso, trata-se de uma cláusula que foi sempre criticada, igualmente, sob o argumento de não ser possível extrair dela contornos seguros para a aplicação do direito⁸⁹.

Além da dificuldade na conceituação do conceito de ordem pública, alguns autores também defendem que tal hipótese de prisão cautelar não encontra fundamento na atual ordem constitucional, calcada no princípio da presunção de inocência. Para os que defendem esse ponto de vista, a cláusula da ordem pública vincula-se à uma fisionomia constitucional baseada na antecipação da culpa, fisionomia esta que então vigorava quando da promulgação do nosso Código de Processo Penal, em 1941, com nítidos contornos autoritários. Assim, a cláusula de ordem pública teria sido instituída “com evidente abertura semântica, para o fim de conceber ampla discricionariedade aos órgãos da persecução penal – a ordem pública, nesse sentido, seria a ordem determinada pelo Poder Público”⁹⁰.

⁸⁶ OLIVEIRA, **Regimes...**, 2007, p. 61.

⁸⁷ GOMES FILHO, **Presunção...**, 1991, p. 67-68.

⁸⁸ TOURINHO FILHO, **Processo penal**, 2008, p. 521.

⁸⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 614.

⁹⁰ *Ibid*, p. 614.

Todavia, em que pese a hipótese da privação de liberdade baseada na ordem pública ter sido inserida em uma ordem constitucional diversa desta que atualmente consagra expressamente o princípio da presunção de inocência, há autores que sustentam que tal hipótese prisional tem uma importante função a cumprir no ordenamento jurídico – tutelando circunstâncias não abrangidas pelas hipóteses de conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei -, tanto que persiste no Anteprojeto do novo Código de Processo Penal brasileiro.

Nesses termos, parte da doutrina brasileira, atualmente, reconhece a importância dessa cláusula em nosso ordenamento, tendo uma função a desempenhar. Nesse sentido, Eugenio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer destacam que:

a invalidação de tal modalidade de prisão [fundada na cláusula da ordem pública] nos parece absolutamente despropositada, se e somente se, e quando presente a possibilidade, cada dia mais premente, de consolidação da ordem jurídica nacional, segundo as determinações constitucionais. O que estamos a dizer é: interpretação conforme a constituição se revela poderoso e necessário instrumento de revalidação de regulações normativas de grande importância no cotidiano nacional, e cujo desaparecimento (pela invalidade, por inconstitucionalidade) causaria males de idêntica dimensão àqueles produzidos sob seu signo (das citadas normas inconstitucionais)⁹¹.

Destarte, é possível visualizar que, não obstante as duras críticas tecidas à constitucionalidade da prisão preventiva calcada na garantia da ordem pública, há uma corrente doutrinária que defende a possibilidade de uma interpretação da cláusula que a legitime perante a Constituição Federal. Antonio Scarance Fernandes expõe bem a celeuma ao referir que:

não é fácil justificar doutrinariamente esta prisão [preventiva] ante a teoria da cautelaridade. Daí a resistência a ela por parte da doutrina, entendendo que a prisão cautelar para garantia da ordem pública configuraria uma verdadeira medida de segurança, com antecipação da pena. Procura-se justificar a prisão como forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, se com a sentença e a pena pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva⁹².

Eugenio Pacelli de Oliveira, a seu turno, ao defender uma interpretação conforme, considera que se deve buscar uma legitimação para a prisão preventiva baseada na ordem pública para além da instrumentalidade, visto que “a razão da instrumentalidade pode

⁹¹ OLIVEIRA; FISCHER, **Comentários...**, 2010.

⁹² FERNANDES, **Processo penal...**, 2002, p. 302.

ultrapassar os limites do processo em que a mesma se deu, para atingir a generalidade dos interesses tutelados na jurisdição penal”⁹³.

Como não poderia deixar de ser, o referido autor reconhece o peso das críticas tecidas contrariamente à segregação preventiva calcada na garantia da ordem pública, considerando que é “quase incontornável” o argumento de que tal modalidade de prisão estaria violando a presunção de inocência: quer se sustente a prisão baseada no risco de novas infrações penais, quer se funde a sua justificação em razão da tranquilidade causada pelo crime, estar-se-ia partindo de uma antecipação da culpabilidade⁹⁴. Entretanto, mesmo assim, Eugenio Pacelli de Oliveira mostra-se favorável, em casos excepcionais, a tal prisão cautelar, argumentando que:

sempre excepcionalmente, o princípio da presunção de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores (normatizados) constitucionais igualmente relevantes. Não estamos nos referindo à segurança pública como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas⁹⁵.

Destarte, no que tange ao tema objeto do capítulo final dessa primeira parte do trabalho, qual seja, a possibilidade de compatibilização entre o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado, e a prisão preventiva, tem-se que encontrar uma resposta definitiva para a questão não se mostra uma tarefa fácil. Consoante demonstrado, as opiniões e respectivas fundamentações a respeito do tema modificam-se de autor para autor, sendo praticamente inviável encontrar um consenso.

Nesse âmbito, constata-se que, de acordo com o demonstrado, assim como há quem sustente a incompatibilidade entre os dois institutos, há quem defenda a busca de um ponto de equilíbrio entre eles, sob o risco de se ter um processo penal desarmado e inoperante para alcançar seus fins primordiais. Entretanto, mesmo entre a grande parte da doutrina que se posiciona favoravelmente à compatibilidade entre presunção de inocência e prisão preventiva, também se encontram divergências, principalmente no que tange à necessidade da prisão preventiva, para ser legítima, calcar-se em fins instrumentais.

Conclui-se, igualmente, que há posicionamentos diversos inclusive quando o assunto diz com a constitucionalidade da segregação preventiva baseada na cláusula de garantia da ordem pública. Assim como há posições extremadas, nas quais se defende a inconstitucionalidade de tal modalidade de prisão dado seu típico caráter extraprocessual, o que faz com que a custódia preventiva consubstancie-se em uma pena antecipada, também há

⁹³ OLIVEIRA, *Regimes...*, 2007, p. 56.

⁹⁴ *Id.*, *Curso...*, 2009, p. 491.

⁹⁵ *Ibid.*

aqueles que defendem a possibilidade de uma interpretação da cláusula de ordem pública conforme à Constituição Federal, sustentando a necessidade de, além da instrumentalidade, acautelar o meio social.

Certo é que, apesar da divergência de posições, a atual realidade judiciária brasileira mostra que a prisão preventiva fundada no requisito de necessidade de garantia da ordem pública tem sido freqüentemente aplicada pelos juízes e tribunais brasileiros. Nesses termos, a segunda parte deste trabalho destinar-se-á à análise dos sentidos possíveis atribuídos à cláusula de ordem pública, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, procurando demonstrar as críticas que são tecidas a cada um desses significados e analisando a possibilidade de legitimá-los.

II – A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A prisão preventiva calcada na garantia da ordem pública, consoante já destacado, encontra-se prevista – ao lado da prisão para garantia da instrução processual, da aplicação da lei penal e da ordem econômica - no artigo 312, do Código de Processo Penal. Nesses termos, como se dá com todas as hipóteses legalmente previstas para a decretação da segregação preventiva, a prisão para garantia da ordem pública deve sempre respeitar o requisito cautelar do *fumus boni iuris*, bem como ser considerada a partir do prisma da excepcionalidade.

Como é possível depreender da análise realizada na primeira parte do presente trabalho, o grande problema que permeia tal segregação preventiva é a sua compatibilidade, ou não, com o sistema constitucional vigente, ante a consagração do princípio da presunção de inocência. Isto posto, neste segundo momento, buscar-se-á as situações frequentemente consideradas tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria, como autorizadas da prisão preventiva para garantia da ordem pública, e analisar-se-á a os argumentos existentes acerca da legitimidade de cada uma delas.

De início, cumpre destacar que a expressão “ordem pública” é tida como um conceito jurídico indeterminado, sendo considerada, por muitos autores, como um conceito aberto, e, portanto, um conceito que comportaria vários significados.

Entretanto, apesar da dificuldade de conceituação tal expressão, cumpre tentar definir-lhe um conceito provável. Afinal, não obstante o termo seja um conceito jurídico indeterminado, o mesmo é passível de controle. Citando Eduardo Garcia de Enterría, Renato Varaldo anota que:

o fato de uma expressão comportar um amplo conteúdo jurídico não significa ausência do mesmo, uma vez que seu sentido jurídico indeterminado é passível de delimitação por meio de interpretação, que deve originar do próprio texto constitucional, podendo, acudir-se dos procedimentos hermenêuticos clássicos, levando me conta os antecedentes e a realidade social de cada situação temporal⁹⁶.

Com efeito, Odone Sanguiné salienta que “*la conceptualización de order público cambia según la concepción dominante en cada momento histórico acerca de los fines del Estado*”⁹⁷. Nesses termos, à época do Estado Liberal, a noção de ordem pública nasceu como limite à atuação livres do particulares, com um papel de defesa da ordem política estabelecida

⁹⁶ VARALDA, **Restrição...**, 2007, p. 225.

⁹⁷ SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 171.

com o fim de consolidar autoritariamente o poder. Em tempos de regimes autoritários, a seu turno, consoante ocorreu durante o regime fascista, a ordem pública amplia sua esfera de atuação. Já em um regime democrático, a amplitude do conceito tem sido compelida em favor do reconhecimento, cada vez maior, dos direitos fundamentais⁹⁸.

Quanto às possíveis acepções ao conceito de “ordem pública”, constata-se que a doutrina vem diferenciando duas concepções: uma descritiva (ou material) e a outra normativa (ou formal). Moreira Neto distingue os dois sentidos nos seguintes termos:

no sentido material, ou descritivo, a ordem pública é uma situação de fato, ocorrente numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e histórico da liberdade de cada um. No sentido formal, ou normativo, a ordem pública é um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende devam ser observadas numa sociedade, impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um⁹⁹.

Do mesmo modo, Sanguiné também salienta que às incertezas que norteiam o limite do conceito de ordem pública contrapõe-se o esforço da doutrina atual em distinguir duas acepções para o termo, quais sejam, ordem pública material e ordem pública ideal (formal). Diferencia o referido autor:

por un lado, el orden público material (en sentido estricto o concreto), en la acepción mínima de seguridad e incolumidad, tranquilidad pública, material y exterior ‘ordre dans le rue’(el mero ‘orden de la calle’), es decir, condición pacífica de una convivencia inmune de los actos de violencia o subversión, motines, revueltas, etc. por otro, el concepto de orden público ideal (normativo, formal, o abstracto), de mayor amplitud y mas restrictivo de la libertad, entendiéndose como tal el respeto al orden constitucional o al ordenamiento jurídico o aun el conjunto de criterios éticos, políticos y económicos, de por si no jurídicos, pero necesarios para asegurar la obediencia a las instituciones vigentes¹⁰⁰.

Entre essas duas acepções do conceito de ordem pública, constata-se que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência têm optado pela concepção material. Caminha nesse sentido Eugenio Pacelli de Oliveira, salientando que:

[...] O vocábulo ordem pública, consoante se acha inscrita no art. 312 do CPP, e malgrado a pluralidade de sentidos [...], parece indicar

⁹⁸ SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 171-172.

⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 25, n. 97, p. 133-154, jan./mar. 1998. p. 143.

¹⁰⁰ SANGUINÉ, *op cit.*, p. 174.

maiores cuidados e preocupações com a estabilidade e/ou tranqüilidade da comunidade, em relação ao cumprimento, pelo Poder Público, das funções que lhe são inerentes em tema de segurança pública¹⁰¹.

Do mesmo entendimento compartilha Sanguiné ao referir que a acepção de ordem pública material, esta entendida no sentido de “*ordre dans la rue*”, é a mais ajustada com o sistema de direitos fundamentais. Mais do que isso, a concepção material mostra-se como uma interpretação mais restrita, consoante a qual ordem pública “*equivale a la noción de seguridad pública, es decir, el mantenimiento de la paz, seguridad y de la tranquilidad pública*”¹⁰².

Portanto, preenchendo de sentido a expressão “ordem pública” contida no art. 312, do CPP, considerando-a em sua acepção material, ela deve ser vista como oposição à ideia de desordem, de tumulto, de perturbação ou alteração da ordem externa, equivalente à noção de segurança pública, ou seja, de manutenção da paz, da segurança e da tranqüilidade pública.

Conclui-se, pois, que a noção de ordem pública está intrinsecamente relacionada ao acautelamento do meio social e ao direito à segurança pública, o qual se encontra assegurado no *caput* do artigo 5º da nossa Constituição Federal. De acordo com Norberto Bobbio, trata-se de um direito sempre presente na história dos povos, objetivando a garantia da paz e tranqüilidade da convivência da sociedade, por intermédio de uma força organizada do Estado. Mais do que isso, o direito à segurança mostra-se em quaisquer gerações de direitos, dada a sua importância, principalmente frente ao aumento da violência e da criminalidade¹⁰³.

A doutrina, bem como a jurisprudência têm impellido esforços no intuito de relacionar quais situações práticas realmente motivariam uma prisão anterior à condenação definitiva baseada na garantia da ordem pública. Contudo, dado a grande abertura conceitual, uma pesquisa jurisprudencial revela que juízes e tribunais costumam utilizar o fundamento de garantia da ordem pública para a decretação do cárcere preventivo baseados nas mais diversas circunstâncias, como clamor público, exemplaridade, gravidade da pena (gravidade do delito), risco de fuga, reiteração delitiva, risco à integridade física do acusado, periculosidade do agente e antecedentes, prestígio do judiciário, sentimento de justiça. Com efeito, salienta Antonio Scarance Fernandes que

a dificuldade em delimitar o conceito de ordem pública [...] permitiu a decretação de prisões com as mais variadas motivações: impedimento

¹⁰¹ OLIVEIRA, **Regimes...**, 2007, p. 62.

¹⁰² SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 176.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

à reiteração de crimes, resguardo à credibilidade da justiça, gravidade do crime, intensa comoção social e conduta impiedosa do agente¹⁰⁴.

Com o intuito de sistematizar a pesquisa, tornando-a mais clara, tem-se que é possível, dos inúmeros sentidos jurisprudenciais já relacionados à garantia da ordem pública, evidenciar três: decretação da prisão preventiva fundada no clamor público, na gravidade do delito e na reiteração delitiva, os quais serão abordados nos próximos capítulos deste trabalho.

1 A Garantia da Ordem Pública e o Clamor Público

O clamor público, há muito, é um dos fundamentos comumente utilizados pela jurisprudência pátria como fundamento para a segregação cautelar, seja sozinho, seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto.

Tão vago quanto a própria expressão ordem pública, salienta Odone Sanguiné que a jurisprudência costuma identificar clamor público com: 1) repercussão do crime na comunidade; 2) a preservação da credibilidade do Estado e da Justiça; 3) a satisfação da opinião pública; 4) a proteção à paz pública; 5) a comoção social ou popular; 6) o espanto, perplexidade, abalo ou inquietação social; 7) a indignação repulsa profunda ou revolta da comunidade; 8) a gravidade do crime: periculosidade e *'modus operandi'*¹⁰⁵.

No que tange à existência de clamor público como motivo autorizador da prisão, frisa Fernando Capez que “a prisão cautelar [para garantia da ordem pública] é decretada com a finalidade de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular”, acrescentando que se trata de casos em que “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”¹⁰⁶. Por fim, posiciona-se o autor favoravelmente a essa fundamentação, considerando que, nesse caso, encontra-se presente o *periculum in mora* autorizador da cautela¹⁰⁷.

¹⁰⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. A prisão e a liberdade em 20 anos de Constituição. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 99, p. 21-29, set. 2008. p. 23.

¹⁰⁵ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 107, p. 29-31, out. 2001.

¹⁰⁶ CAPEZ, Curso..., 2009, p. 279.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 280.

Do mesmo modo, Mirabete salienta que o conceito de ordem pública, além de outras finalidades, também se destina a “acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão” e a que “a conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa”¹⁰⁸.

Em contrapartida a esse posicionamento, por sua vez, a doutrina dominante, há tempo já se manifesta contrariamente à ideia de identificar no chamado clamor público – seja em qualquer uma das acepções antes indicadas – um fundamento legítimo para a segregação cautelar. Isso porque, nessas situações, de acordo com Odone Sanguiné, a prisão provisória “coloca-se a serviço de um sentimento coletivo de indignação, vingança ou insegurança”, tendo como fim dar “exemplariedade da ação da justiça, tanto para tranquilizar a sociedade como para amedrontar os possíveis delinquentes”, objetivos esses que dão nítido contorno de pena antecipada (prevenção geral) à prisão cautelar¹⁰⁹.

Antonio Magalhães Gomes Filho, da mesma forma, considera que a incompatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão para garantia da ordem pública se revela manifesta e grave quando se vincula a noção de ordem pública à função de pronta reação ao delito como forma de aplacar o alarme social. Defende, pois, que nessas situações, “se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à ideia de justiça sumária”¹¹⁰.

Odone Sanguiné, em artigo intitulado “A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da prisão Preventiva”, faz dura crítica à noção de clamor público, considerando-o como fundamento apócrifo. Refere que o clamor público não está previsto expressamente na lei processual penal como hipótese ocasionadora da prisão preventiva e complementa:

[...] quando se argumenta com razões de exemplariedade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de justiça dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc., que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas e gerais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza¹¹¹.

¹⁰⁸ MIRABETE, **Processo penal**, p. 391.

¹⁰⁹ SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 2, abr./jun. 1992.

¹¹⁰ GOMES FILHO, **Presunção...**, 1991, p. 68.

¹¹¹ SANGUINÉ, A inconstitucionalidade..., 2001, p. 107.

Aqueles que não consideram o clamor público – visto como alarma social, indignação, pedido de resposta rápida ao judiciário – como fundamento idôneo para a garantia da ordem pública, elegem como via legítima para acalmá-lo um processo penal justo e célere, através de uma sentença rápida acerca da matéria de fundo, condenando ou absolvendo o réu. Isso porque, somente após a solução judicial emanada através de uma sentença condenatória transitado em julgado, poder-se-ia determinar a culpabilidade e a sanção penal¹¹². Além disso, como alternativa à prisão preventiva em casos que gerem grave repulsa e sensação de insegurança, a fim de se acautelar a sociedade – buscando um justo meio entre liberdade provisória do imputado e tranqüilidade social do lugar em que o delito foi perpetrado – poder-se-ia considerar um apelo a outras medidas, como a vigilância domiciliar. Nessa linha, opina Odone Sanguiné:

ha de reconocerse que determinada tipologia delictiva – agresiones físicas en grupo, delitos sexuales, sustracciones con violencia, tráfico de drogas en zonas localizadas – generan una grave repulsa y sensación de inseguridad en la ciudadanía, de manera que resulta bastante difícil comprender cómo una persona que probablemente ha incurrido en acciones de esta índole puede ser puesta en libertad antes de ser juzgada, no obstante el principio de proporcionalidad indica que el cauce más adecuado no siempre es la prisión provisional. Aquí podrían jugar un importante papel el recurso a las medidas alternativas a la prisión provisional, tales como la vigilancia domiciliar, la prohibición de acudir a determinados lugares relacionados con la acción delictiva y otras similares, que compatibilizaran la libertad provisional del imputado con la tranquilidad de la ciudadanía del lugar donde se ha perpetrado el delito.

No que tange à posição jurisprudencial, em exame aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, é possível concluir que este se posiciona contrariamente à decretação da prisão preventiva amparada no clamor público. Já no ano de 2001, em acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello, a Suprema Corte entendeu, por unanimidade, que o clamor público, consubstanciado pelo estado de comoção e eventual indignação popular, não constitui causa legítima para a privação da liberdade em medida cautelar. Ainda na mesma decisão, julgou que a preservação da credibilidade das instituições, igualmente, não configura, por si só, hipótese autorizadora da segregação preventiva. Eis um excerto da ementa do julgado:

HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA

¹¹² SANGUINÉ, *Prisión provisional...*, 2003, p. 142.

PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. [...]. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. [...]. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, 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, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública¹¹³.

Seguindo o mesmo sentido, colaciona-se o seguinte excerto de voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 89.525:

se os fundamentos do decreto de prisão preventiva fossem apenas remissão à chamada necessidade de resguardar a credibilidade da Justiça e aplacar o clamor público, em não teria dúvida em conceder o habeas corpus, porque esta Corte de há muito não tolera a invocação desses fatos como causa de prisão preventiva, até porque não cabe, de fato, em nenhuma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal¹¹⁴.

Na mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, mesmo concatenado com outros elementos do caso - como a gravidade do delito -, o clamor público

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 80.719**. Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, julgado em 28.09.2001. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 89.525**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, unânime, julgado em 14.11.2006. Brasília, DF, 2006b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.

não se mostra como fundamento idôneo para a decretação da prisão cautelar, “sob pena de transformar o acusado em instrumento para satisfação do anseio coletivo pela resposta penal”¹¹⁵.

Sobre o tema, preleciona Odone Sanguiné, fazendo referência aos ensinamentos de Julio B. Maier, que

a gravidade e repercussão social do fato somente autoriza a prisão preventiva quando ela seja suficientemente demonstrativa de que o acusado porá em perigo os fins do procedimento penal – averiguação da verdade e atuação da lei penal – com sua fuga ou com a obstrução da tarefa de investigação¹¹⁶.

Todavia, não obstante o já reiterado posicionamento do Supremo Tribunal Federal contrário ao clamor público como circunstância legítima para a segregação preventiva, tal fundamento continua a embasar inúmeros decretos de prisão pelo país. Isso pode ser explicado, em parte, pela diferença existente entre as pesquisas de feições acadêmicas e a efetiva análise do caso concreto processada pelo juiz, situações em que as pessoas e, especialmente, as vítimas têm nome e endereço, sendo vistas como realmente são – indivíduos de carne e osso -, situação em que o julgador encontra-se em situação complicada¹¹⁷. Como exemplo, pode-se citar notório caso em nosso país envolvendo a morte de uma menina de cinco anos, Isabela Nardoni, sendo que os suspeitos da prática criminosa eram seu pai e sua madrasta. Nesse caso específico, analisando-se os votos exarados pelos desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do Habeas Corpus n. 993.08.044581-8, no qual foi mantida a prisão preventiva decretada pelo juiz singular, visualiza-se a dificuldade de o julgador considerar o clamor popular como elemento neutro na decisão¹¹⁸. Nesse sentido, destaca-se, do mencionado julgado, o seguinte excerto do voto exarado pelo Desembargador Relator Canguçu de Almeida:

Se este [delito] for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. [...] Há crimes, na verdade, de elevada gravidade, que, por si só, justificam a prisão, mesmo sem que se vislumbre risco ou perspectiva de reiteração criminosa. E, por aqui,

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 100.012**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, julgado em 15.12.2009. Brasília, DF, 2009f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.

¹¹⁶ SANGUINÉ, Prisão provisória..., 1992, p. 114.

¹¹⁷ OLIVEIRA, **Regimes...**, 2007, p. 68.

¹¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 993.08.044581-8**. Relator Desembargador Canguçu de Almeida, Quarta Câmara Criminal de Direito Criminal, unânime, julgado em 10.06.2008. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.

todos haverão de concordar que o delito de que se trata, por sua gravidade e característica chocante, teve incomum repercussão, causou intensa indignação e gerou na população incontrolável e ansiosa expectativa de uma justa contraprestação jurisdicional¹¹⁹.

Com efeito, em que pese a ausência de possibilidade de reiteração delitiva, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo entendeu pela legitimidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva, levando em conta questões como “reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos” e a gravidade do crime.

Destarte, das discussões travadas a nível doutrinário e jurisprudencial, é possível constatar que, não obstante o critério do “clamor público” já seja visto por muitos como fundamento ilegítimo para embasar uma segregação cautelar, porquanto tenha contornos de pena antecipada (prevenção geral, como exemplariedade e caráter intimidatório da medida e reafirmação da existência e eficácia do direito penal), muitas vezes, quando da análise do caso concreto, o julgador relativiza o princípio da presunção da inocência no intuito de acalmar a sociedade.

Assim sendo, visualiza-se que, na hipótese de clamor público, o único objetivo da prisão prévia é acalmar – o que é diferente de proteger e acautelar – a sociedade. Garantir a ordem pública significa, nessa acepção, satisfazer a sociedade, a qual, indignada com a ocorrência de determinado crime – muitas vezes tendo em vista a gravidade e o modo de execução –, clama por uma resposta rápida da justiça. De rigor concluir que, em situações como tais, a pena antecipada não é um dos objetivos da prisão preventiva, mas o seu único objetivo. Consubstancia-se a segregação cautelar, pois, em uma nítida pena antecipada, o que evidencia uma clara violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

2 A Garantia da Ordem Pública e a Gravidade do Delito

Dentro das indeterminações geradas pelo conceito “ordem pública”, há quem costume atentar para a gravidade do delito como forma de preencher de sentido o termo. Refere-se que a gravidade do crime pode ser apreendida através de uma análise dos (a) meios de execução que envolveram determinado fato delitivo e (b) da pena abstratamente cominada¹²⁰.

¹¹⁹ SÃO PAULO, *Habeas corpus...*, 2008.

¹²⁰ OLIVEIRA, *Curso...*, 2009, p. 491.

Inicialmente, salienta-se que a jurisprudência parece ter alcançado um consenso, sinalizando que a gravidade do delito, por si só, não se mostra como justificativa suficiente para a decretação da prisão preventiva. Entretanto, certo é que, na grande maioria dos casos, a gravidade delitiva, quando aliada a outras vetoriais, como periculosidade do agente e modo de execução (a), aparece como fator determinante da segregação cautelar. Da farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça convergindo nessa linha, destaca-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA DOS PACIENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.

1. A imposição da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade dos agentes, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, em se considerando, sobretudo, o modus operandi do delito. Precedentes. 2. Na hipótese, consta dos autos que a vítima foi sequestrada e submetida à tortura, mediante estrangulamento, e posteriormente atingida por disparo de arma de fogo, quando se encontrava com as mãos atadas, sem possibilidade de oferecer nenhuma resistência, o que evidencia a especial gravidade do crime.

3. Condições pessoais favoráveis dos agentes não são aptas a revogar a prisão preventiva, se esta encontra respaldo em outros elementos dos autos.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado¹²¹.

Salienta-se, igualmente da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o seguinte excerto extraído de voto proferido em sede de Habeas Corpus:

o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que, embora a gravidade do crime, por si só, não autorize a antecipação da custódia, as circunstâncias em que praticado podem evidenciar maior periculosidade do agente, de modo a recomendar seu encarceramento provisório, para a garantia da ordem pública¹²².

Pode-se constatar que, na grande maioria das vezes – e entre as quais parece enquadrar-se o acórdão acima destacado –, em que se considera a gravidade do delito a partir da

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 121.069**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, unânime, julgado em 06.10.2009. Brasília, DF, 2009h. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 124.539**. Relator Ministro Ricardo Og Fernandes, Sexta Turma, unânime, julgado em 03.08.2009. Brasília, DF, 2009i. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

perspectiva do modo de execução e das circunstâncias em que o crime foi cometido, esta gravidade do fato recorda o conceito de alarme social, em que se decreta a prisão a fim de gerar um sentimento de tranqüilidade coletiva¹²³ - situação esta, portanto, já analisada no capítulo anterior. Outras vezes - apenas a título de indicação, pois tal hipótese será adiante abordada -, a gravidade do crime e a periculosidade do agente não dizem apenas com o clamor público em relação ao crime já perpetrado, mas relacionam-se à necessidade de garantir a ordem pública dada a possibilidade de continuação da prática delitiva.

Cumpra ainda referir que a gravidade do delito também pode ser apreendida a partir da pena que lhe é abstratamente cominada (b). Sobre a questão, salienta Odone Sanguiné que a gravidade da pena não pode justificar, por si só, a adoção da prisão provisória, porquanto não expressa o fim cautelar que deve ser imanente a medida, nem leva em conta as particularidades do caso concreto (ofendendo, pois, o princípio da presunção da inocência e da proporcionalidade). Assim sendo, refere que única forma de ter em conta a gravidade da pena cominada como elemento apto à decretação da prisão preventiva seria se, junto a ela, estivesse presente a necessidade de garantir o desenvolvimento do processo, como por exemplo, a existência do risco de fuga¹²⁴.

Os tribunais superiores brasileiros, por sua vez, têm-se posicionado contrariamente à possibilidade de decretação da prisão preventiva apenas com base na gravidade abstrata do delito. Nesses termos, vem sustando, por exemplo, a inviabilidade de se decretar a prisão preventiva apenas com base na classificação do crime como hediondo. Destaca-se, deste entendimento, os seguintes precedentes:

PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO (FALTA). [...] A simples capitulação legal do crime não impede a concessão de liberdade provisória¹²⁵.

GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA. [...] 2. No caso, a negativa da liberdade provisória está fundamentada tão-só na gravidade abstrata do crime, nas consequências que ele causa à sociedade e, sobretudo, na sua hediondez, motivação, por certo, insuficiente para manter a prisão cautelar¹²⁶.

¹²³ SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 126.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 47.681**. Relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, unânime, julgado em 17.04.2006. Brasília, DF, 2006c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso em habeas corpus n. 24103**. Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, unânime, julgado em 19.03.2009. Brasília, DF, 2009g. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada¹²⁷.

Todavia, se por um lado, a gravidade da pena cominada ou a gravidade do delito, por si só, não têm sido vistos pelo judiciário como motivos idôneos para a segregação para garantia da ordem pública, por outro, alguns julgados têm considerado que a gravidade da pena, aliada ao tipo de delito, é elemento importante para averiguar o risco de fuga do suspeito¹²⁸.

Nessa seara, esclarece Odone Sanguiné que, muitas vezes, o risco de fuga está conectado com a gravidade da imputação. Nas palavras do referido autor, tem-se que:

el criterio de la gravedad de la imputación debe ser conjugado con el del periculum in mora que, en el proceso penal, consiste en un fundado 'peligro de fuga' del imputado, lo cuál se incrementa o disminuye en función de la gravedad del delito, sino también en el naturaleza del hecho punible. Por lo tanto, sin fundada sospecha acerca del peligro de fuga del imputado nunca puede legitimarse la prisión provisional, pues su finalidad esencial consiste en asegurar la futura presencia del acusado para la celebración del juicio oral¹²⁹.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 80.379**. Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, julgado em 18.12.2000. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

¹²⁸ Nesse sentido, excerto do voto exarado pelo Desembargador Odone Sanguiné, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos do HC n. 30037596988, *in verbis*: “Neste caso [ordem pública e gravidade do delito] pode-se fazer uma interpretação levando-se em conta o risco de fuga em razão da gravidade do crime de tráfico de drogas e a ausência de elementos fáticos que vinculem os pacientes ao distrito da acusação. Com efeito, é possível supor a prática de traficância de drogas pelo paciente, o que, ao menos no início da persecução penal, diante da necessidade de evitar o risco de fuga, pode justificar a decretação da prisão provisória atendendo somente ao tipo do delito e à gravidade da pena, de modo que satisfaz as exigências constitucionais de motivação da prisão provisória fundada no risco de fuga, tendo em vista a gravidade dos fatos imputados.” O acórdão do julgado resta assim ementado: “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: QUANTIDADE DE DROGA. GRAVIDADE DO DELITO. Ao menos no início da persecução penal a quantidade da droga apreendida e a inexistência de vínculos concretos com o distrito da acusação, podem justificar a decretação da prisão provisória para evitar o risco de fuga, atendendo somente ao tipo do delito e à gravidade da pena, de modo que satisfaz as exigências constitucionais de motivação da segregação cautelar. Ademais, inexistindo comprovação de emprego fixo e lícito, há risco de reiteração de crimes da mesma espécie, levando-se em conta a possibilidade de ser o tráfico meio de sustento” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 30037596988**. Relator Desembargador Odone Sanguiné, Terceira Câmara Criminal, unânime, julgado em 19.08.2010. Porto Alegre, 2010a. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 4 set. 2010).

¹²⁹ SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 128.

Porém, adverte Sanguiné, que, não obstante a gravidade dos fatos imputados e da pena mostrem-se como critérios importantes para se averiguar a existência do risco de fuga, elas não podem consistir em uma presunção do perigo de fuga. Refere, pois, que as decisões que denegam a liberdade devem se basear em um concreto risco de fuga. Por fim, esclarece que, muitas vezes, a gravidade da pena deve ser conjugada com outras circunstâncias, como características do delito, circunstâncias do fato, circunstâncias do imputado, não comparecimento a chamada judicial e incidência do transcurso do tempo¹³⁰.

Cumprido referir que, em casos tais, nos quais se considera o risco de fuga como fundamento para a prisão provisória, não se está mais, necessariamente, acautelando a ordem pública. Considera a jurisprudência pátria que a existência do risco de fuga mostra-se como elemento para a decretação da segregação com base em outra hipóteses do art. 312, Código Processo Penal, qual seja, garantia de aplicação da lei penal¹³¹.

De todo o exposto, depreende-se que a gravidade do delito, por si só, tem sido, gradativamente, rejeitada, quer pela doutrina, quer pelos tribunais, como fundamento para a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Todavia, sua relevância quando da averiguação da possibilidade ou não da segregação não é desconsiderada: a prática jurisprudencial tem se inclinado a levá-la em conta sempre que conjugada com outros fatores, tais como (a) modo de execução, periculosidade e clamor público; (b) gravidade da pena e risco de fuga – situação que diz com a hipótese de prisão preventiva para assegurar a

¹³⁰ SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 128-132.

¹³¹ Nesse sentido o seguinte precedente do STJ: “PRISÃO PREVENTIVA EM 16.02.07. DECRETO DE CONSTRICÃO CAUTELAR SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PACIENTE QUE FICOU FORAGIDO POR 3 ANOS, OSTENTA MAUS ANTECEDENTES, RESPONDE A INÚMEROS PROCESSOS POR CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E REGISTRA DIVERSAS FUGAS. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA E DE FRUSTRAÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 52/STJ. ORDEM DENEGADA. (...) 2. In casu, (...) possui maus antecedentes e ainda responde a inúmeros processos criminais por crimes contra o patrimônio, bem como registra diversas fugas, sendo concreta a possibilidade de reiteração da prática delituosa e de frustração de eventual aplicação da lei penal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 104.940**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, unânime, julgado em 07.10.2008, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 24.11.2008. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 4 set. 2010).

Ainda na mesma linha, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. FALTA DE REAL FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR QUANTO À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. IDONEIDADE DO DECRETO PARA A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INDEVIDA INFLUÊNCIA NO ÂNIMO DAS TESTEMUNHAS E FUGA DO ACUSADO LOGO APÓS O DELITO. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Idoneidade do decreto prisional para a conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. As peças que instruem o processo revelam que o paciente interferiu no ânimo tanto da vítima quanto de testemunhas do processo. Peças que também evidenciam que o acusado se evadiu do distrito da culpa, logo após a prática delituosa. O que representa a clara intenção de frustrar a aplicação da lei penal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 101.309**. Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, unânime, julgado em 24.03.2010, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 07.05.2010. Brasília, DF, 2009e. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010).

aplicação da lei penal - e ainda (c) periculosidade do agente e risco de reincidência – situação que será tratada no próximo capítulo.

Assim, conclui-se que ter como base apenas a gravidade do crime perpetrado – quer analisando-se o tipo de delito, quer olhando-se para a pena cominada – mostra-se como um fundamento ilegítimo para a decretação da segregação cautelar. Isso porque, nesses casos, não há dúvidas que se estará privando antecipadamente de liberdade um acusado, presumidamente considerado inocente, sem nenhuma fundamentação acautelatória – nem do processo, e muito menos da sociedade. Em outras palavras, cometido o crime, mesmo um crime hediondo, o acusado tem o direito constitucional de ser tratado como inocente, até que as provas em contrário sejam produzidas. Já na caso de a gravidade do crime mostra-se entrelaçada com o *modus operandi*, gerando o clamor social, mais uma vez, consoante analisado no capítulo anterior, tem-se um fundamento considerado inidôneo para embasar um decreto de prisão cautelar.

3 A Garantia da Ordem Pública e a Reiteração Delitiva

A prisão preventiva com base na necessidade de se garantir a ordem pública também se mostra relacionada à circunstância da reiteração delitiva. Sob essa ótica, tem-se a prisão preventiva decretada sempre que houver a possibilidade de continuidade da prática criminosa: ou seja, segrega-se o acusado para evitar que ele volte a delinquir e violar os bens jurídicos penalmente protegidos. Nesses termos, preleciona Fernando Capez ao dipor que “a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente solto, continue a delinquir”¹³². Trata-se, sem dúvida, da hipótese mais controvertidas e mais importante, havendo posições contrárias e favoráveis.

As objeções acerca da legitimidade da reiteração delitiva como fundamento para a prisão provisória dizem com à nítida violação ao princípio da presunção de inocência, dado que a prisão teria aspectos de pena antecipada. Nesse sentido, salienta Odone Sanguiné: que

tanto la alarma social como la frecuencia [con la que se cometen hechos análogos] no obedecen al supuesto del periculum in mora, de modo que al hablar la Ley de ‘otros hechos análogos’ se estaría asignando a la prisión provisional una doble función: por una parte, de prevención general, con la finalidad de satisfacer las demandas

¹³² CAPEZ, *Curso...*, 2009, p. 279.

*sociales de seguridad o calmar la intranquilidad ciudadana, lo que desborda los cometidos específicos de una medida cautelar, y la transforma en una pena anticipada a la propia condena; por otra parte, se trata con ella de realizar una función de prevención especial de tutela de la colectividad ubicada fuera de los límites constitucionales, o sea, de aislar al sujeto considerado peligroso para evitar la comisión de nuevos delitos, lo cual coincide con las características propias de las medidas de seguridad*¹³³.

Além disso, consoante ensinamentos de Roberto Delmanto Junior, mais do que violação ao princípio da presunção de inocência, ao se decretar uma prisão preventiva com base no risco de reiteração (risco de que o acusado poderá cometer novos delitos), configurar-se-ia uma dupla presunção: “a primeira, de que o imputado realmente cometeu o delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado”¹³⁴.

Entretanto, tamanha é a complexidade do tema que, apesar de Roberto Delmanto Junior considerar pela violação do princípio da presunção de inocência nos casos de *presunção de reiteração*, o referido autor salienta que nas hipóteses de *efetiva reiteração* criminosa mostra-se plenamente possível a decretação da prisão preventiva¹³⁵. Nas palavras do mencionado doutrinador:

nas hipóteses de efetiva reiteração criminosa contra a mesma ou diversa pessoa, ou para a consumação do crime tentado, restaria, então, e aí sim, quando do cometimento do novo crime ou da tentativa de consumação do anterior. Todavia, mesmo que inexistia prisão em flagrante desse novo delito, afigura-se plenamente possível a decretação da prisão preventiva em relação ao crime anterior, uma vez que evidencia a alta probabilidade (que não se confunde com meras conjecturas) do acusado vir a perturbar a tranqüilidade das testemunhas, da vítima, dos jurados etc.

Destarte, consoante alerta Delmanto Junior, seria necessário distinguir duas situações quando da decretação da prisão preventiva: uma em que há apenas uma presunção de reiteração (“o acusado poderá cometer novas delitos”) e outra em que há uma efetiva reiteração. Trata-se, nessa última circunstância, “de fatos concretos que apontam veementemente para o perigo real que a sua liberdade representa para o regular andamento do processo criminal, motivo suficiente à decretação da prisão preventiva”¹³⁶.

¹³³ SANGUINÉ, **Prisión provisional...**, 2003, p. 136.

¹³⁴ DELMANTO JUNIOR, **As modalidades...**, 1998, p. 152.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 153.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 153.

Odone Sanguiné, ao dispor acerca da reiteração delitiva, entendendo-a como renovação de agressões contra a vítima (por exemplo, temor de se consumir uma tentativa de homicídio), esclarece que, mesmo que se venha a admitir tal fundamento para a decretação da prisão preventiva, será necessário observar, sempre, o princípio da proporcionalidade e inadmitir os precedentes, os quais, por si só, não são critério suficiente para avaliar a periculosidade do agente. Complementa, por fim, que tal risco de reiteração deve ser um risco concreto e não apenas hipotético¹³⁷.

Os autores que defendem a reiteração delitiva, apesar de conscientes da crítica acerca da ausência de instrumentalidade da prisão calcada nessa hipótese, baseiam-se no “evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da sentença condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos”¹³⁸.

Eugenio Pacelli, a seu turno, busca no funcionalismo penal e no conceito de prevenção positiva de Claus Roxin e Günter Jakobs uma possível delimitação dos contornos da prisão cautelar a título de ordem pública. Assim, Pacelli dispõe que “se o efeito de prevenção positiva diz respeito ao estímulo e renovação da confiança no direito (Roxin), bem como na preservação da comunidade juridicamente organizada (Jakobs)” pode-se ter como referencial para entender tal segregação cautelar a noção de evitar e acautelar a permanência de atividades criminosas.

Considera o mencionado autor, pois, que, uma vez empiricamente demonstrada a possibilidade de reincidência delituosa, poderá ser decretada a prisão preventiva, desde que a extensão desta seja rigorosamente limitada¹³⁹. Defende que não é a simples possibilidade de novas investidas criminosas que autoriza a prisão preventiva: além da reiteração, o julgador teria que examinar a espécie do delito praticado e o modo de execução do crime. Nas palavras de Eugenio Pacelli de Oliveira tem-se:

por primeiro, o exame há de se dirigir à espécie do delito praticado, para que se possa aferir a sua gravidade a partir da consideração da natureza do bem jurídico, bem como dos meios de execução do crime, tanto segundo seja a quantidade da pena cominada, como sejam também os padrões de desvalorização reclamados pelo senso comum da coletividade. Apuração complexa, sem dúvida, dada a pluralidade de interesses, mas factível, porém. A supressão da vida, no homicídio, por exemplo, embora cuide da proteção dos bens jurídicos dos mais valorados, não poderá, como regra, justificar a custódia da garantia da ordem pública. De outro lado, o contrário poderá ocorrer quando se tratar de violência praticada contra a etnia, a raça, a

¹³⁷ SANGUINÉ, Prisão provisória..., 1992, p. 115-116.

¹³⁸ CAPEZ, Curso..., 2009, p. 279.

¹³⁹ OLIVEIRA, Regimes..., 2007, p. 65.

orientação sexual ou religiosa, e, em fim, contra a natureza individual da pessoa (grupos de extermínio, agressões familiares recíprocas etc.), desde que revelada, em tese e em potencia, a permanência da motivação do agente¹⁴⁰.

Demais disso, justamente pela possibilidade de violação do princípio da presunção de inocência, refere Eugenio Pacelli de Oliveira que o risco de novas práticas criminosas “merece cuidadosa demonstração de probabilidade de autoria, a exigir, salvo em casos excepcionálíssimos, uma confissão válida ou uma prisão em flagrante sobre a qual não paire qualquer dúvida quanto a sua regularidade e legalidade”¹⁴¹.

No que tange à jurisprudência brasileira, certo é que esta se inclina no sentido de incluir como garantia da ordem pública o perigo de reiteração de crimes. Com efeito, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, em recente acórdão, prenunciou-se no sentido de que “é legal, a título de garantia da ordem pública, o decreto de prisão preventiva fundado em indícios de que o acusado desenvolve atividade que escondia a prática reiterada de delitos, desde que demonstrada concretamente a elevada probabilidade de reiteração”¹⁴². No mesmo sentido, destaca-se, igualmente, o seguinte excerto de precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

na situação dos autos, o fundamento da garantia da ordem pública basta para validamente considerar a prisão processual do paciente. Prisão que se lastreia no concreto risco de reiteração criminosa. Pelo que não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se o caso em análise evidencia a necessidade de acautelamento do meio social quanto àquele risco da reiteração delitiva. Situação que atende à finalidade do artigo 312 do CPP¹⁴³.

Trata-se, pois, de entendimento reiterado no âmbito do STF, sendo que o fundamento lançado para considerar a legalidade da prisão preventiva calcada na possibilidade de continuidade da prática criminosa é a necessidade de se acautelar o meio social¹⁴⁴.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, *Regimes...*, 2007, p. 65.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 66.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 96.502**. Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, julgado em 02.03.2010. Brasília, DF, 2010f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 99.676**. Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, unânime, julgado em 23.03.2010. Brasília, DF, 2010g. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

¹⁴⁴ Nesse sentido, manifestou-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa: “A garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, a evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos. Sendo a paciente, segunda afirma a acusação, um dos principais membros da quadrilha, tem-se que, em liberdade, continue a comandar esse esquema criminoso, restabelecendo o ele com os integrantes que se encontram em outros países ou foragidos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.658**. Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, julgado em 15.02.2005. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 3 set. 2010).

Todavia, apesar de a Suprema Corte já considerar a legalidade de tal hipótese de segregação preventiva, tendo como fim proteger a sociedade da continuidade das investidas criminosas, frisa-se que ela o faz com parcimônia, exigindo, sempre, que a decisão judicial baseie-se em fatos concretos, e não apenas em hipóteses e conjecturas¹⁴⁵. Mais do que isso, além da exigência de fatos concretos que demonstrem o risco de reiteração delitiva, na grande maioria dos julgados, o posicionamento favorável Supremo Tribunal Federal à segregação preventiva encontra-se vinculado à demonstração de periculosidade do agente, à prática de crimes graves, bem como à existência de organizações criminosas - circunstâncias essas que muitas vezes encontram-se entrelaçadas nos casos concretos.

No que tange à reiteração delitiva aliada à periculosidade do agente, dentro da jurisprudência emanada pela Suprema Corte, pode-se destacar o entendimento proferido pelo Ministro Ayres Britto, nos autos do Habeas Corpus n. 96.212/RJ. Neste caso, em que houve dupla tentativa de homicídio, considerou o ministro relator que a possibilidade de reiteração delitiva, conjugada com a periculosidade do agente, servia a embasar o decreto de prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública. Em seu voto, a fim de fundamentar a decisão, referiu o Ministro Ayres Britto que a “periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva”¹⁴⁶. Destaca-se, pois, excerto da ementa do mencionado julgado:

HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NECESSIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA EMBASADA NA CONTEXTURA FACTUAL DOS AUTOS. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO NA PRÁTICA DELITUOSA. ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. ORDEM DENEGADA.

3. Na concreta situação dos autos, o fundamento da garantia da ordem pública, tal como lançado, basta para validamente sustentar a prisão processual do paciente. Prisão que se lastreia no concreto risco de reiteração criminosa. Pelo que não há como refugar a aplicabilidade

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 94.179**. Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, unânime, julgado em 25.05.2010, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 13.08.2010. Brasília, DF, 2010d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 96.212**. Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, por maioria, julgado em 16.06.2010, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 06.08.2010. Brasília, DF, 2010e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010. Nesse sentido, também o seguinte precedente do STF: “Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, existindo sólidas evidências da periculosidade da paciente, supostamente envolvida em gravíssimo delito de tráfico de drogas, ao qual se irroga, ainda, a reiteração das condutas criminosas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 99.890**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, julgado em 24.11.2009, publicado no Diário de Justiça eletrônico 11.12.2009. Brasília, DF, 2009d. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010).

do conceito de ordem pública se o caso em análise evidencia a necessidade de acautelamento do meio social quanto àquele risco da reiteração delitiva. Situação que atende à finalidade do art. 312 do CPP. 4. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto revelador da incomum gravidade da conduta protagonizada pelo paciente, caracterizada pela exacerbação de meios e a partir de motivo fútil. A evidenciar, portanto, periculosidade envolta em atmosfera de concreta probabilidade de sua reiteração¹⁴⁷.

Do mesmo modo que a periculosidade, e estando muitas vezes estritamente vinculada a esta, a reiteração delitiva levando em conta a gravidade do crime também tem sido aceita pela Suprema Corte como hipótese ensejadora da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou favoravelmente à segregação preventiva, dado o risco de reiteração, no caso de réu acusado de homicídio qualificado que já havia praticado crimes com arma de fogo, ameaça a pessoa e lesão corporal¹⁴⁸. Além disso, o risco de continuação de atividades criminosas, juntamente com gravidade do delito e o *modus operandi*, mostrou-se como fundamento legítimo para a custódia preventiva no caso de integrante de quadrilha armada voltada para a prática de diversos crimes, especialmente delitos de extorsão relacionados a serviços de segurança e proteção¹⁴⁹.

Ademais, a análise das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal revela que a decretação da segregação cautelar com base na continuidade das práticas criminosas encontra-se, em grande medida, relacionada à existência de quadrilhas que se utilizam da atividade criminosa como meio de vida e de organizações criminosas, estando em grande parte voltadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao tráfico de pessoas para fins de prostituição. Nessa linha, salienta-se acórdão em que o Ministro Carlos Britto - após deixar consignado que a mera alusão ao artigo 312, do Código de Processo Penal, não é suficiente para configurar ameaça à ordem pública, exigindo, pois, a referencia a elementos empíricos que demonstrem a necessidade da prisão – entendeu que, no caso de paciente que integra “quadrilha voltada para prática de crimes de mesma natureza, de maneira reiterada, utilizando-se dessa atividade

¹⁴⁷ BRASIL, **Habeas corpus n. 96.212**, 2010e.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 96.977**. Relator Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, julgado em 09.06.2009. Brasília, DF, 2009c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 out. 2010.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 98.376**. Relatora Ministra Ellen Graice, Segunda Turma, por maioria, julgado em 29.09.2009. Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 out. 2010.

como meio de vida”, o risco de cometimento de novos delitos – no caso, roubo qualificado - autoriza a segregação preventiva¹⁵⁰.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a hipótese de perpetuação de atividade criminosa diante da existência de uma organização criminosa complexa e organizada também é tida como causa legitimadora da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Destaca-se, nesse âmbito, o voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, em sede de Habeas Corpus, em que se manteve a prisão preventiva diante da necessidade de acautelamento da ordem social “em razão da complexidade, requinte, planejamento e profissionalismo do grupo investigado, que, organizado, há anos, atua, de forma transnacional, no tráfico de pessoas para fins de prostituição”¹⁵¹. Demais disso, salientou o Ministro Relator, no corpo do voto que:

se os fundamentos do decreto de prisão preventiva fossem apenas remissão à chamada necessidade de resguardar a credibilidade da Justiça e aplacar o clamor público, eu não teria dúvida em conceder o habeas corpus, porque esta Corte de há muito não tolera a invocação desses fatos como causa de prisão preventiva, até porque não cabe, de fato, em nenhuma das hipóteses do art. 312, do Código de Processo Penal.

Mas o caso é diferente, e a mim me parece haver dois fundamentos importantes.

[...]

Só admito a invocação da ordem pública em caso como este, caso paradigmático de necessidade de garantia da ordem pública. Realmente, a serem verdadeiras as asserções constantes da decisão que decretou a prisão preventiva, e não há elementos para que se forme outro juízo a respeito, trata-se de organização requintada, criminosa, com ramificação em vários países, e que não é recente, e envolve, portanto, prática criminosa rotineira.

Assim, o risco de que em liberdade, os denunciados continuem integrando a organização criminosa é evidente. Isto é, não há nada capaz de indicar que o simples fato da pendência desta ação penal terá convertido os réus, supostamente responsáveis por essa organização, em pessoas pacatas, cumpridoras dos deveres e afastadas da organização criminosa com esse grau de complexidade e de comprometimento¹⁵².

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 88.114**. Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, unânime, julgado em 03.10.2006. Brasília, DF, 2006a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 out. 2010.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 93.570**. Relator Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, julgado em 02.03.2010. Brasília, DF, 2010c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2010.

¹⁵² *Ibid.*

Portanto, uma análise à jurisprudência da Suprema Corte brasileira no ponto concernente à prisão preventiva e à reiteração delitiva, revela que esta tem sido considerada como fundamento idôneo para a segregação cautelar, desde que devidamente comprovada a elevada possibilidade de continuidade na prática criminosa e sempre levando-se em conta a gravidade do crime em questão e o *modus operandi*. Como fundamento para este entendimento, é recorrente a argumentação dos julgados no sentido da necessidade de se acautelar o meio social, protegendo-se à sociedade de novas investidas criminosas.

É possível visualizar que, nesses casos, o fundamento lançado para decidir-se acerca da legitimidade da segregação preventiva vai muito além daqueles argumentos suscitados nas situações em que a prisão preventiva busca respaldo apenas no clamor público ou na gravidade do crime. Ao se lançar mão do clamor público, consoante já analisado, na grande maioria das vezes, está em jogo apenas a exigência da sociedade de uma resposta rápida da justiça frente a um crime que comoveu uma determinada comunidade – situação em que a prisão preventiva serve, unicamente, como antecipação da pena, pois é isto que clama a sociedade.

Todavia, mister referir que, não obstante tenha a segregação cautelar baseada na reiteração delitiva um fim específico (acautelar o meio social), certo é que, tendo-se como parâmetro o entendimento que considera legítima somente as prisões preventivas que atendam a uma finalidade instrumental – dado que, de outra forma, violar-se-ia, o princípio da presunção de inocência -, tal segregação preventiva seria reputada inconstitucional, visto que, como já salientado, teria uma finalidade de prevenção especial, ou seja, uma finalidade típica da pena prisão. É dizer: ao ser analisada rigorosamente a compatibilidade da prisão preventiva para impedir a reiteração criminosa com o princípio da presunção de inocência, ter-se-ia uma violação a este princípio. Isso porque, mais uma vez, a prisão preventiva para garantia da ordem pública estaria perseguindo fins extraprocessuais (proteger o meio social de novas investidas criminosas), ao invés de fins instrumentais.

Entretanto, pode-se concluir, da análise realizada, que, mesmo tendo um fim extraprocessual, a prisão preventiva fundada na elevada possibilidade de reiteração criminosa tem sido em grande medida admitida pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento legítimo para a segregação cautelar.

Diante desse panorama, constata-se que, ao o julgador optar pela decretação da prisão preventiva em caso de risco de continuidade das investidas criminosas a partir da análise das circunstâncias que envolvem cada caso concreto, ele está realizando um juízo de proporcionalidade em sentido estrito entre a presunção de inocência e outros valores

constitucionalmente assegurados, como o direito à vida, o direito à integridade e o direito à segurança. Acerca do exame da proporcionalidade em sentido estrito, nas palavras de Humberto Ávila, tem-se que:

o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que se deve fazer é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim dão proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio¹⁵³?

Nesse sentido, faz-se referência a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Odone Sanguiné, em julgamento de Habeas Corpus impetrado em favor de paciente acusado por porte de arma e receptação dolosa. Nesse caso, o relator, de início, salientou em seu voto que a prisão preventiva para garantia da ordem pública tem nítido caráter de pena antecipada, bem como é utilizada, por seu auto grau de indeterminação, como instrumento retórico. Demais disso, quanto à decretação da segregação com fundamento no risco de reiteração delitiva, deixou claro que esta “exige pressupostos restritivos”, defendendo que

a legitimação da prisão provisória em decorrência da possibilidade concreta de reiteração delitiva, ocorre naquelas hipóteses nas quais, além de existir uma elevada probabilidade de reincidência, a entidade dos bens jurídicos em perigo pode considerar-se sensivelmente superior ao dano que se origina ao imputado com sua privação de liberdade. Essa exigência de proporcionalidade em sentido estrito somente parece ficar satisfeita naquelas hipóteses em que cabe afirmar que a liberdade do imputado supõe uma situação de perigo grave e iminente para a vida, a integridade física ou sexual de outras pessoas, ou então um elevado risco de agressão muito grave a bens jurídicos supraindividuais que visem, de forma indireta, a proteção dos bens pessoais mencionados

Destarte, com tais critérios restritivos, é possível fazer uma interpretação conforme a Constituição e admitir a finalidade da reiteração delitiva como fundamento legítimo da prisão provisória para garantia da ordem pública¹⁵⁴.

O posicionamento exarado no voto é, pois, acerca da possibilidade de uma interpretação conforme da prisão cautelar a título de ordem pública, sendo legítima a prisão com base no risco de reincidência, sempre que, além do risco de continuidade das práticas

¹⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 173.

¹⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 70038231841**. Relator Desembargador Odone Sanguiné, Terceira Câmara Criminal, unânime, julgado em 02.09.2010. Porto Alegre, 2010b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2010.

criminosas, o dano que se ocasionará a bens jurídicos caso mantida a soltura do acusado seja considerado sensivelmente superior ao dano que se ocasionará privando-o de sua liberdade.

Pode-se complementar tal linha de argumentação, a partir da análise do direito do cidadão à segurança. Segundo analisa José Paulo Baltazar Junior, a segurança encontra-se devidamente consagrada em nosso ordenamento jurídico – reconhecida como direito fundamental no caput do art. 5º, bem como no art. 144, ambos da Constituição Federal -, tratando-se de um “bem jurídico que conforma e condiciona o exercício dos direitos fundamentais”¹⁵⁵. Acerca da importância da segurança, nas palavras de Baltazar, tem-se que:

a segurança é mencionada com destaque por abranger a proteção a ser conferida a outros direitos, sejam eles individuais, como a vida, a liberdade, a integridade corporal, a honra, e a propriedade; ou coletivos, como o meio ambiente, a paz, a ordem econômica, sem com isso atribuir à segurança um status superior aos demais direitos fundamentais¹⁵⁶.

Importa aqui mencionar o direito à segurança – abrangendo esta a proteção conferida a outros direitos - pois, se há algum juízo de proporcionalidade em sentido estrito a ser realizado no caso concreto, ele envolverá o conflito entre a busca do fim constitucionalmente assegurado de não tratar o acusado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e a restrição que a concretização dessa finalidade poderá acarretar aos direitos fundamentais de outros indivíduos. Em última análise, pode-se dizer que haverá um conflito entre liberdade e segurança.

Baltazar Júnior, após discorrer sobre o dever estatal de segurança e acerca do conceito de liberdade contemporânea, analisa a relação existente entre segurança e liberdade, referindo que “há uma relação de tensão entre a efetividade da justiça e os postulados do Estado de Direito ou entre o interesse público na eficiência do processo penal e a máxima proteção possível do acusado”¹⁵⁷, e conclui que

segurança e liberdade, vistos como princípios, podem entrar em colisão, pois quanto maior a vigilância, e menor a liberdade, maior a segurança. Ao contrário, quanto maior o grau de liberdade, maiores os riscos e menor a segurança. Com isso não se afirma que segurança e liberdade sejam incompatíveis, mas que terá que ser buscada entre ambos a concordância prática em casos concretos, de modo a conferir a máxima eficácia possível para ambos¹⁵⁸.

¹⁵⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 187.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 203-204.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 205.

Mais do que isso, considerando que “tanto o bem coletivo quanto os direitos individuais têm caráter de princípios”¹⁵⁹, Baltazar, analisando a tese comunitarista¹⁶⁰ e a tese individualista¹⁶¹ sobre a relação entre liberdade e segurança, posiciona-se – refutando uma tese individualista extremada - no sentido de haver uma primazia dos direitos individuais frente aos direitos coletivo. Segundo esse entendimento, na ponderação a ser realizada no caso concreto, haveria uma preponderância *prima facie* do direito individual – no caso, o direito constitucional do acusado de não receber tratamento de culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória -, sobre o bem coletivo – segurança. Todavia, refere o autor que tal preponderância não significa a total impossibilidade de restrição de um direito individual por um bem coletivo, mas, sim, que a carga de argumentação recai sobre quem pretende a restrição do direito individual. Nas palavras de Baltzar, tem-se:

embora reconhecida, *prima facie*, a preponderância do direito individual, recaindo a carga de argumentação sobre quem pretende a sua restrição, tenho que tanto o direito à segurança, a ser alcançado mediante uma proteção penal eficiente, quanto os direitos fundamentais do acusado devem ser preservados, sendo a preponderância afirmada, ao final, por meio da ponderação. A colisão deve ser resolvida pelo método da ponderação, de acordo com as regras já construídas para as colisões entre princípios e a proibição de excesso, na busca da concordância prática entre a proteção da liberdade e as necessidades da persecução penal, sem generalização. A colisão não é resolvida, então, em abstrato, por meio de uma ordem de preferência dos princípios, que não é fornecida pela Constituição, mas sim no caso concreto. [...] Com isso, abandona-se uma perspectiva puramente individualista dos direitos fundamentais e se atenta, também para a coletividade dos cidadãos.

[...] Em suma, afirmar a prevalência *prima facie* dos direitos individuais não significa negar a possibilidade de sua restrição, ou afirmar que, ao final, os direitos individuais sempre prevalecerão sobre o bem público ou coletivo. A prevalência do direito individual é o ponto de partida, mas não o ponto de chegada¹⁶².

Em suma, pode-se dizer, então, que a possibilidade de legitimar a prisão preventiva com fundamento na reiteração de delitos diz com uma tentativa de se adequar o processo penal à criminalidade atual – em que se multiplicam os crimes graves, as quadrilhas armadas e as organizações criminosas, as quais se dedicam a atividades em regra graves, de forma profissional reiterada e eficiente¹⁶³, sendo que o crime passa a ser a forma de vida. Esta

¹⁵⁹ BALTAZAR JUNIOR, **Crime organizado**..., 2010.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 206-207.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 207-208.

¹⁶² *Ibid.*, p. 209-211.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 222-223.

realidade faz com que se passe a sopesar, no caso concreto, o direito do acusado de somente ser tratado como acusado após a sentença condenatória transitada em julgado e o risco que de danos a terceiros que a sua liberdade ocasionará. Nesses termos, a fundamentação para a prisão cautelar encontra-se além de seu objetivo de resguardar o processo criminal, alcançando a tutela da própria sociedade.

Nessa mesma linha de raciocínio, ante a percepção de que as hipóteses estritamente cautelares de prisão preventiva – conveniência da instrução criminal e assecuração da lei penal – tem limites que não abrangem todas as situações atuais de criminalidade – em que acusados com endereço certo e sem pretensão de se ausentarem do país oferecem riscos de danos a terceiros - Eugênio Pacelli e Douglas Fischer defendem uma interpretação conforme da cláusula de garantia da ordem pública. Trata-se, então, da legitimidade dessa cláusula ligada “a conter situações de risco de reiteração criminosa, a serem aferidas pela natureza e gravidade do crime em apuração”¹⁶⁴. Assim, os referidos autores limitam a possibilidade de prisão preventiva, sendo que uma interpretação conforme a Constituição far-se-ia de tal maneira que:

- I – somente se admita a prisão quando se trata de crimes de natureza grave, sem prejuízo dos limites impostos no art. 313, do CP. A gravidade, em princípio, seria deduzida da pena cominada;
- II – a natureza do crime deve apontar ou indicar a possibilidade concreta de reiteração criminosa, segundo seja a experiência do conhecimento humano de cada época. Crimes sexuais, homicídios e lesões corporais graves, como parte de estratégias econômicas, organizações criminosas voltadas para atividades de grande risco de danos às pessoas, a tortura, o tráfico de drogas, enfim, toda essa gama de crimes para os quais o constituinte demonstrou claramente o alto índice de sua reprovação, ostentam esse perfil¹⁶⁵.

Desse entendimento, extrai-se, uma vez mais, não só a preocupação de dar à cláusula de garantia da ordem pública um sentido vinculado à proteção da sociedade frente a possibilidade concreta de reiteração criminosa, mas também que esta reiteração está ligada a ocorrência de crimes graves, incluindo-se aí quer a nova criminalidade que organiza-se para o cometimento de ilícitos, quer os crimes de efetivo dano à integridade e dignidade humana.

De todo o exposto, destarte, são possíveis algumas conclusões. Em primeiro lugar, que a prisão preventiva para garantia da ordem pública fundada no risco de reiteração delitiva não cumpre a finalidade estritamente instrumental, característica classicamente atribuída às

¹⁶⁴ OLIVEIRA; FISCHER, *Comentários...*, 2010, p. 614.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 615.

prisões cautelares. Circunstância que, assim como ocorre quando se leva em conta a noção de clamor público e gravidade do delito, atribuiria a esta prisão nítidos contornos de prisão pena – e não mais de prisão cautelar.

Em segundo lugar, conclui-se que, não obstante seu caráter extraprocessual, a segregação preventiva na hipótese de reiteração criminosa tem sido aceita pelos juízes e tribunais brasileiros, bem como por uma parcela da doutrina, como fundamento legítimo para a decretação da prisão. Essa legitimidade, portanto, baseia-se em uma finalidade que vai além da característica de instrumentalidade, estando ligada à necessidade de resguardo do próprio meio social, a fim de proteger a sociedade de novas investidas criminosas. Nesses casos, constata-se que há uma ponderação do julgador realizada no caso concreto: não se trata de ignorar o princípio da presunção de inocência, violando-o, mas de solver o conflito que surge entre este e o princípio da segurança. Trata-se de uma concordância prática, harmonização.

Por fim, conclui-se que, apesar de haver uma forte inclinação da jurisprudência e da doutrina no sentido de considerar idônea a prisão preventiva calcada na reiteração delitiva, tal idoneidade não é estendida a toda e qualquer reiteração delitiva. Consoante salientado, exige-se, primeiramente, que essa possibilidade de reiteração seja uma possibilidade concreta, demonstrada nas autos, e não uma mera suposição. Ademais, tem-se firmado um consenso no sentido de que essa reiteração apareça concatenada com outras circunstâncias que evidenciam maior risco à sociedade, como a periculosidade do agente, o *modus operandi* e a existência de quadrilhas e organizações criminosas.

4 Sistematização da Prisão Preventiva

A partir dos pressupostos teóricos explorados na primeira parte do trabalho, bem como da análise feita nesta segunda parte, mostra-se possível e necessário, desde já, apresentar uma possível sistematização prática acerca das circunstâncias autorizadoras, ou não, da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

De início, quanto ao “clamor público” como hipótese ensejadora da prisão cautelar, tem-se que essa fundamentação passa ao largo de qualquer segregação legítima, dada a ofensa direta ao princípio da presunção de inocência.

Ao se utilizar da expressão clamor público para designar a (a) repercussão do crime na sociedade, (b) a comoção social ou popular, (c) a indignação profunda ou revolta da

comunidade, ou ainda (d) a comoção popular ou social, está-se diante de fundamentos insuficientes para embasar um decreto de prisão preventiva. Em situações tais, a única finalidade da segregação é adiantar uma possível pena privativa de liberdade que, após respeitadas as etapas do devido processo penal, desde que legal e necessária, certamente seria imposta. Está-se, portanto, abdicando do processo penal como instrumento necessário para que o Estado possa exercer o seu poder de punir e aplicar a sanção privativa de liberdade, sem que, para tanto, haja qualquer contrapartida de cautelaridade – quer para o processo, quer para bens jurídicos caros à sociedade. Mais do que isso, é nítida a violação ao princípio da presunção de inocência, uma vez que, além de a prisão cautelar consubstanciar-se em uma pena antecipada, corre-se o risco de transformar o acusado em instrumento para satisfazer a ânsia da sociedade pela resposta penal.

Situação análoga é visualizada ao se identificar a expressão “clamor público” como preservação da credibilidade do Estado e da Justiça. Nessa acepção, mais uma vez, não há falar em legitimidade da prisão preventiva, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo penal. A preservação da credibilidade do Estado e da Justiça realiza-se sempre que o dever e direito estatal de punir são concebidos com respeito às normas legais e constitucionais, sem antecipação da pena.

No que tange, por sua vez, à gravidade do crime, consoante aprofundado anteriormente, trata-se de fundamento, por si só, inidôneo para decretação da prisão preventiva – seja esta gravidade depreendida das circunstâncias que permearam o evento criminoso, caso em que recorda o conceito de clamor público, seja depreendida a partir da pena abstrata. Nesse sentido, cumpre referir que o direito constitucional à presunção de inocência restou assegurado a todos acusados, independentemente da capitulação legal do crime. É nessa linha de entendimento que a maioria dos precedentes do tribunais brasileiros rechaça a impossibilidade de liberdade provisória ao réu acusado de crime hediondo.

Entretanto, salienta-se que a gravidade do crime – desde que esta gravidade seja concretamente considerada – reveste-se de especial relevância ao se analisar a possibilidade de prisão preventiva com fundamento na reiteração delitiva.

Em relação à reiteração delitiva como hipótese a autorizar a prisão cautelar para garantia da ordem pública, trata-se do critério que tem encontrado maior respaldo de legitimidade, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. O argumento lançado para defender sua legitimidade diz com a necessidade de se acautelar o meio social de futuras e perigosas investidas criminosas – situação esta em que, ao lado do direito do acusado à presunção de inocência, vislumbra-se o direito à segurança. Nesses termos, em que pese ser um fundamento

que não se vincule a um fim instrumental – o qual, consoante analisado na primeira parte deste estudo, seria imanente a toda e qualquer medida cautelar -, cuidar-se-ia da única hipótese em que se mostraria possível decretar a prisão para garantia da ordem pública respeitado-se as normas constitucionais.

Nas situações em que presente o comprovado risco de reiteração criminosa, portanto, apesar de ausente o fim de acautelar o processo, não haveria a violação ao princípio da presunção de inocência sempre que fosse realizada, no caso concreto, pelo julgador, a devida ponderação entre a entidade dos bens jurídicos que o imputado possa colocar em risco caso solto e dano que se causa ao acusado com a privação de sua liberdade. Insiste-se, porém, que não é toda e qualquer possibilidade de reiteração criminosa que legitimaria a segregação cautelar: é necessário que a possibilidade de reiteração seja concretamente demonstrada e que essa reiteração apareça concatenada com outras circunstâncias que evidenciam maior risco à sociedade, como a gravidade concreta do crime e o *modus operandi* e a existência de quadrilhas e organizações criminosas.

5 A Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública no Novo Código de Processo Penal

O Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal reservou um título específico para as medidas cautelares, e, dentro deste, um capítulo para tratar acerca da prisão provisória, modalidade em que se insere a prisão preventiva.

Ao disciplinar a prisão preventiva, o anteprojeto de reforma manteve como hipóteses de cabimento para a sua decretação as mesmas hipóteses que atualmente figuram no artigo 312, do Código de Processo penal, quais sejam, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal. A prisão preventiva calcada na garantia da ordem pública continua, pois, como uma hipótese de segregação cautelar legalmente prevista, fato que sinaliza acerca da compatibilidade dessa modalidade prisional com a Constituição da Federal de 1988.

Com efeito, já na exposição de motivos, assinada pelo Ministro Coordenador do Anteprojeto de Reforma e pelo seu Relator-Geral, deixa-se claro a necessidade de elaboração de um novo Código, visto que o atualmente em vigor encontra-se em grande parte superado,

sobretudo a partir da ordem constitucional inaugurada com a Carta da República de 1988¹⁶⁶. Nesses termos, assinalando-se o primordial objetivo de se elaborar um novo Código que se coadune com a Constituição Federal – a qual consagrou expressamente o princípio da presunção de inocência -, a manutenção da garantia da ordem pública como hipótese autorizadora da prisão preventiva conduz a uma presunção acerca da sua constitucionalidade.

A grande inovação trazida pelo Anteprojeto diz com a inserção, dentro do artigo que disciplina as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, de três novos parágrafos, os quais regulamentam com maior precisão tal modalidade prisional. Veja-se, pois, o que dispõe o artigo 544, do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal:

Art. 544. 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.

§1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena.

§2º A gravidade do fato não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

§3º A prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente.

Constata-se que, com esses três novos parágrafos, buscou-se deixar expressamente consignado o entendimento que, pouco a pouco, quer pelo trabalho da doutrina, quer pelo trabalho da jurisprudência, foi-se consolidando no âmbito da disciplina da prisão preventiva. Com efeito, esses três parágrafos convergem com os principais pontos abordados neste trabalho: a impossibilidade de a prisão preventiva ser utilizada como forma de antecipação da prisão-pena; a impossibilidade de a gravidade do delito, por si só, mostrar-se como motivo idôneo da decretação da segregação cautelar; e a noção de que a prisão preventiva é uma medida excepcional, devendo apenas ser decretada quando frustrados os outros meio legais igualmente previstos para o alcance de determinado fim.

Tratou-se, pois, de deixar expresso o que há muito vinha sendo defendido pela doutrina e pelos tribunais brasileiros.

¹⁶⁶ BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto**. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF, 2009a. 133 p. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/7/docs/anteprojeto_do_cpp_-_senado_federal.pdf>. Acesso em: 11 out. 2010.

CONCLUSÕES

Do exposto no presente estudo, em que se procurou realizar uma análise que abrangesse os principais aspectos do princípio da presunção de inocência, perpassando pela disciplina da prisão preventiva, pela compatibilidade entre esta e aquela até chegar-se à questão da prisão preventiva para garantia da ordem pública, não restam dúvidas acerca da divergência de posições quando o assunto gira em torno da legitimidade desta.

Consoante se demonstrou ao longo desse trabalho, a legitimidade da prisão preventiva calcada na garantia da ordem pública, legalmente prevista no artigo 312, do Código de Processo Penal, passa, necessariamente, pela análise acerca da compatibilidade entre presunção de inocência e prisão preventiva – e, no caso de se entender por uma compatibilidade entre ambas, pelo exame da forma em que ela se dará.

De início, como o faz a doutrina majoritária, conclui-se pela impossibilidade de se falar em uma completa incompatibilidade entre presunção de inocência e prisão preventiva. Nesse sentido, certo é que o princípio da presunção de inocência aparece como princípio reitor do regime da prisão preventiva, mas não ocasiona a sua total inconstitucionalidade. Isso porque considerar um processo penal sem prisão preventiva significa considerar um processo penal inoperante e desarmado na busca de seus fins primordiais. Mais do que isso, argumenta-se que a prisão preventiva encontra-se prevista em um grande número de legislações internacionais, o que demonstra que ela tem um fim a cumprir a nível social e processual, e que a própria constituição considera a sua legitimidade, na medida em que prevê o instituto da liberdade provisória e em que relaciona à ocorrência da prisão a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Admitida a compatibilidade entre prisão preventiva e presunção de inocência, o problema acerca da legitimidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública tem suas bases no entendimento defendido por grande parte da doutrina no sentido de que a prisão preventiva somente se mostra legítima na medida em que atender a fins processuais. Como visto, consoante essa posição doutrinária, a prisão preventiva justifica-se sempre que a liberdade do suspeito implicar um prejuízo ao andamento e à eficácia do processo penal. Trata-se aqui de visualizar a prisão preventiva como uma medida cautelar, no sentido processual e clássico do termo, tratando-se de um instrumento a serviço do instrumento. Toda essa teoria baseia-se no fato de que, estando a prisão vinculada a um fim processual, não há

violação ao princípio da presunção de inocência, pois tem-se uma prisão processual – e não uma prisão penal propriamente dita.

Nesses termos, - ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva para conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação de lei penal, hipóteses igualmente disciplinadas no artigo 312, do Código de Processo Penal, que guardam nítido caráter acautelatório do feito principal - a prisão preventiva para garantia da ordem pública encontra grandes dificuldades de se fundamentar frente à teoria da instrumentalidade da medida. Com efeito, a análise realizada na segunda parte deste trabalho demonstrou que nenhum dos sentidos comumente atribuídos à garantia da ordem pública vincula-se a finalidades processuais. Estão, ao contrário, relacionados a fins extraprocessuais, o que faz com que a prisão preventiva guarde fins próprios da prisão pena, como a reafirmação da existência e eficácia do direito penal, caráter intimidatório – no sentido de exemplariedade – e recolhimento ao cárcere a fim de evitar o cometimento de novos crimes.

Primeiramente, dos três sentidos normalmente vinculados ao conceito de garantia da ordem pública analisados - clamor social, gravidade do crime e risco de reiteração delitiva -, conclui-se que os dois primeiros mostram-se flagrantemente ilegítimos. O clamor social – entendido como manutenção da credibilidade da justiça, exemplariedade, satisfação da sociedade, comoção popular – mostra-se como um fundamento apócrifo, em que se antecipa um incerto resultado condenatório do processo penal, prendendo-se o acusado sem lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa, a fim de, unicamente, satisfazer a sociedade. Usa-se o acusado como meio para satisfazer o anseio coletivo por uma resposta rápida da justiça. A gravidade do delito, a seu turno, ao ser considerada isoladamente - não estando relacionada ao risco de fuga ou ao risco de reiteração delitiva -, é também um fundamento apócrifo, recordando, em grande medida, o conceito de clamor social. Admitir apenas a gravidade do delito como fundamento para a prisão preventiva seria o mesmo que dizer que, em casos de crimes graves, a Constituição não assegura o princípio da presunção de inocência. Mais do que isso, consoante analisado, tem-se que o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal tratou de, expressamente, impedir a decretação da prisão preventiva com justificativa, unicamente, na gravidade do delito.

Infere-se, pois, que, se há alguma possibilidade de se fazer uma interpretação conforme da prisão preventiva para a garantida da ordem pública, ela está presente na hipótese de comprovado risco de reiteração delitiva. Consoante visualizado, em que pese a segregação provisória com base na reiteração também relacionar-se a um fim da prisão pena, esse fim diferencia-se na mera satisfação dos anseios da sociedade, alcançando-se um escopo

acautelatório do meio social, a fim de que mais bens jurídicos relevantes não sejam atingidos pelas investidas do acusado. Mais do que isso, o fato de os juízes e tribunais brasileiros estarem aplicado com grande frequência essa fundamentação, demonstra a sua relevância.

Destarte, entende-se que a única forma de legitimar a prisão preventiva calcada na garantia da ordem pública seria admitir uma fundamentação da medida para além da instrumentalidade. Nesse caso, a prisão preventiva seria legítima sempre que, em uma ponderação a ser realizada no caso concreto, presente a possibilidade de reiteração delitiva, os danos prováveis a bens jurídicos caros à sociedade – como à vida e à integridade física – mostrar-se-iam sensivelmente superiores ao dano que a prisão preventiva importaria ao acusado. Mais do que isso, para que essa prisão mostre-se legítima, além de concretamente demonstrado o risco de continuidade das práticas criminosas – não podendo o decreto basear-se em meras suposições - dever-se-ia levar em conta um juízo acerca da gravidade de crime – o qual pode ser auferido pela quantidade da pena cominada, mas, também, a partir do *modus operandi* do crime e outras circunstâncias peculiares, como a periculosidade do agente.

Trata-se, pois, de um caminho para solucionar a questão da legitimidade dessa modalidade prisional que reconhece a importância do princípio da presunção de inocência, mas que admite que tal princípio – como todo e qualquer princípio constitucional – possa ser restringido no caso concreto diante de um bem de igual valor hierárquico, sempre diante de uma fundamentação acerca da necessidade de restrição no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Código de processo penal. *In*: BRASIL. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. p. 585-644.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: BRASIL. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. p. 17-101.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto**. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF, 2009a. 133 p. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/anteprojeto_do_cpp_-_senado_federal.pdf>. Acesso em: 11 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 80.379**. Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, julgado em 18.12.2000. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 80.719**. Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, julgado em 28.09.2001. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.658**. Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, julgado em 15.02.2005. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 88.114**. Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, unânime, julgado em 03.10.2006. Brasília, DF, 2006a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 89.525**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, unânime, julgado em 14.11.2006. Brasília, DF, 2006b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 93.570**. Relator Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, julgado em 02.03.2010. Brasília, DF, 2010c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 94.179**. Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, unânime, julgado em 25.05.2010, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 13.08.2010. Brasília, DF, 2010d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 96.212**. Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, por maioria, julgado em 16.06.2010, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 06.08.2010. Brasília, DF, 2010e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 96.502**. Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, julgado em 02.03.2010. Brasília, DF, 2010f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 96.977**. Relator Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, julgado em 09.06.2009. Brasília, DF, 2009c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 98.376**. Relatora Ministra Ellen Graice, Segunda Turma, por maioria, julgado em 29.09.2009. Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 99.676**. Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, unânime, julgado em 23.03.2010. Brasília, DF, 2010g. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 99.890**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, julgado em 24.11.2009, publicado no Diário de

Justiça eletrônico 11.12.2009. Brasília, DF, 2009d. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 100.012**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, julgado em 15.12.2009. Brasília, DF, 2009f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 101.309**. Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, unânime, julgado em 24.03.2010, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 07.05.2010. Brasília, DF, 2009e. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso em habeas corpus n. 24103**. Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, unânime, julgado em 19.03.2009. Brasília, DF, 2009g. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 47.681**. Relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, unânime, julgado em 17.04.2006. Brasília, DF, 2006c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 104.940**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, unânime, julgado em 07.10.2008, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 24.11.2008. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 4 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 121.069**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, unânime, julgado em 06.10.2009. Brasília, DF, 2009h. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 124.539**. Relator Ministro Ricardo Og Fernandes, Sexta Turma, unânime, julgado em 03.08.2009. Brasília, DF, 2009i. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance. A prisão e a liberdade em 20 anos de Constituição. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 99, p. 21-29, set. 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 729, p. 377-387, 1996.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, 1992.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabrini. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 25, n. 97, p. 133-154, jan./mar. 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 30037596988**. Relator Desembargador Odone Sanguiné, Terceira Câmara Criminal, unânime, julgado em

19.08.2010. Porto Alegre, 2010a. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 4 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 70038231841**. Relator Desembargador Odone Sanguiné, Terceira Câmara Criminal, unânime, julgado em 02.09.2010. Porto Alegre, 2010b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2010.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 107, p. 29-31, out. 2001.

SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 2, abr./jun. 1992.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 993.08.044581-8**. Relator Desembargador Canguçu de Almeida, Quarta Câmara Criminal de Direito Criminal, unânime, julgado em 10.06.2008. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.

SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. **Direito Federal: Revista da AJUFE**, Brasília, DF, v. 23, n. 82, p. 293-251, out. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007.