



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A inconstitucionalidade da Prisão Preventiva Motivada na Ordem Pública

Cristiana Onorato Miguel Bento

Rio de Janeiro

2009

CRISTIANA ONORATO MIGUEL BENTO

A inconstitucionalidade da Prisão Preventiva Motivada na Ordem Pública

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro

2009

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA MOTIVADA NA ORDEM PÚBLICA

Cristiana Onorato Miguel Bento

Graduada pela Universidade Gama
Filho. Delegada de Polícia Civil do
Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O ordenamento jurídico processual penal brasileiro possui duas espécies de prisão: prisão pena, com base em uma sentença condenatória transitada em julgado e a prisão cautelar, devendo esta possuir os atributos de toda medida cautelar, quais sejam: acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade, tendo como espécies a Prisão em Flagrante, a Prisão Temporária e a Prisão Preventiva. Esta última encontra-se disposta nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal e se destina a assegurar a eficácia do processo e por consequência de sua decisão, razão pela qual, somente deve ser admitida para tal fim, pois se assim não fosse estaria se transformando em verdadeira antecipação da pena. O presente estudo tem por escopo demonstrar que a Prisão Preventiva baseada na Garantia da Ordem Pública tem motivação em fatores estranhos ao processo, que não tem relação direta com as partes, mas sim um motivo de ordem externa (extraprocessual) que interfere diretamente na relação estabelecida entre o Estado-juiz e o acusado, logo, impõe ao acusado uma prisão por motivos de ordem política e governamental, motivos estes que deveriam ser solucionados pelo Estado através de medidas políticas e governamentais e não através da prisão de alguém que se deva presumir a inocência, ou seja, o Estado através da Prisão Preventiva para Garantir a Ordem Pública transfere a solução deste Problema – Ordem Pública – para o particular com a sua prisão e não através de medidas administrativas.

Palavras-chaves: Prisão, Medida Cautelar, Efetividade, Ordem Pública, Inconstitucionalidade, Princípio da inocência.

Sumário: 1- Introdução. 2 - Prisões cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico processual penal. 3 – Características das medidas cautelares. 4- Princípio da presunção da inocência. 5- A liberdade individual como direito fundamental. 6 - A prisão preventiva para garantia da ordem pública. Conclusão. Referências.

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição da República, proclamada em 05 de outubro de 1988, definiu em seu artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Com efeito, em nosso ordenamento jurídico processual penal somente existem duas espécies de prisões: prisão pena decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado e a prisão cautelar.

A privação da liberdade individual, por ser uma limitação a um direito fundamental, reveste-se de um caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. O princípio da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. Toda a prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada como provisória. A liberdade é a regra e a prisão é a exceção, somente deve ter lugar quando haja a necessidade de sua manutenção.

A consagração do princípio da presunção de inocência não afasta a constitucionalidade das prisões cautelares, que continuam sendo reconhecidas pela doutrina e jurisprudência. Entretanto, em razão de sua gravidade, consoante se observa no artigo 5º, LXI

da Carta Magna de 1988, somente se decretará a prisão preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

A prisão preventiva, como uma das formas de medida cautelar, consiste na privação da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo medida excepcional, devendo ser decretada em caso de extrema necessidade. Devendo, assim, estar presente a os pressupostos de toda medida cautelar, quais sejam: o *fumus boni in iuris* e o *periculum in mora*, que em sede de liberdade recebe a nomenclatura de *fumus commissio delictus* e o *periculum in libertatis*, dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O *periculum in libertatis* é traduzido nas expressões: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Encontramos o *fumus commissio delictus* na prova da existência do crime e indícios de autoria.

Se não estiverem presentes tais premissas não é possível haver uma prisão cautelar que esteja em consonância com os preceitos constitucionais.

Não se pode olvidar que o processo cautelar tem a finalidade de assegurar a eficácia futura de outro processo a que está preordenado. O professor SILVA JARDIM (2005), elenca as características do processo ou medidas cautelares, que em apertada síntese são: acessoriedade, onde o processo ou a medida cautelar encontra-se sempre vinculado ao resultado do processo principal; preventividade, vez que destina prevenira ocorrência de danos; instrumentalidade hipotética onde a medida cautelar pode existir sem que o seu beneficiário, ao final do processo principal, tenha efetivamente reconhecido o seu direito alegado e provisoriedade, onde sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a prisão provisória deve ser vista e aplicada como uma típica forma de atividade jurisdicional cautelar, devendo ter como finalidade precípua tutelar os fins e os meios do processo penal de conhecimento.

As prisões preventiva, temporária e a em flagrante delito são consideradas prisões cautelares se destinando a tutelar os fins e os meios do processo. Somente será cautelar a modalidade de prisão que se destina a resguardar o processo. Somente será válida quando decretada com base em juízo sobre a sua necessidade, necessidade esta real, extraída da situação concreta, e não presumida pelo legislador, visto que a presunção de inocência não comporta presunções legais.

2 – AS PRISÕES CAUTELARES EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL.

Primeiramente, ressalte-se que toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão cautelar, uma vez que tem a função da instrumentalidade do processo. E mais, considerando o princípio constitucional da inocência consagrado em nossa Constituição (art. 5º, LVII), é indispensável que a privação da liberdade seja devidamente fundamentada e que essa fundamentação esteja relacionada com a proteção de determinados e específicos valores igualmente relevantes.

Atente-se que o ordenamento jurídico processual penal é de 1941, sendo necessária uma releitura quanto a diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria de prisão, para o fim de seu realinhamento com o sistema de garantias individuais previsto na Constituição da República de 1988.

Há no ordenamento jurídico, duas espécies de prisão: prisão pena, após uma sentença condenatória transitada e julgado e prisão cautelar, possuindo três espécies: prisão em flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva.

A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada. Por flagrante deve-se entender a relação de imediatidade entre o fato e sua captação. Tem sua natureza cautelar, pois se fundamenta na proteção do indivíduo e na garantia da qualidade probatória. É um ato administrativo, praticado pela Autoridade Policial, que deve ser submetido ao Judiciário para que se verifique sua legalidade e necessidade.

As hipóteses de flagrante estão dispostas no artigo 302 do CPP e são classificadas como flagrante próprio, nas hipóteses em que alguém está cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la (artigo 302, incisos I e II). A hipótese do artigo 302, inciso III, chamada pela doutrina de flagrante impróprio ou quase-flagrante, ocorre quando alguém “é perseguido, logo após, pela autoridade ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. A última modalidade de prisão em flagrante é denominada de flagrante presumido, disposta no artigo 302, inciso IV, onde alguém é encontrado, logo depois, com armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração.

O que deve ser decisivo aqui é a imediatidade da perseguição para o fim de caracterizar a situação de flagrante e deve ser iniciada logo após o cometimento do fato, ainda que o perseguidor não o tenha efetivamente presenciado.

A prisão temporária também tem a natureza cautelar. Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante determina o artigo 1ª da Lei nº 7.960/89. Somente é cabível nas hipóteses taxativas da mencionada lei. É muito criticada pela doutrina, havendo entendimento, capitaneado pelo professor RANGEL (2007), de que a prisão temporária é inconstitucional, pois trata-se de medida constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. Além de existir uma inconstitucionalidade orgânica, ou seja, elaborada por um órgão incompetente, vez que a

prisão temporária foi criada através da Medida provisória nº 111 de 24/11/1989, ou seja o executivo através de Medida Provisória, legislou sobre processo penal e direito penal que são de competência privativa da União.

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, exigindo, para a sua configuração, os requisitos de toda e qualquer medida cautelar, quais sejam: *o fumus boni iuris e o periculum in mora*.

Por fim, a prisão preventiva está prevista nos artigos 311 ao 316 do Código de Processo Penal, é uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual e deve ser decretada pelo juiz.

Busca sua justificativa e fundamentação na tutela da persecução penal, visa impedir que eventuais condutas praticadas pelo autor possam colocar em risco a efetividade do processo. Em razão das garantias individuais constitucionais, somente será decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, consoante disposto no artigo 5º, LXI da Constituição Federal, bem como somente será decretada nas hipóteses legais, dispostas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Por tratar-se de medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um processo de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto da aplicação da lei penal.

Nos termos do artigo 312 do CPP, “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 indícios

suficientes de autoria”. As duas primeiras (conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal) são instrumentais, ligadas à proteção do processo penal, já a prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica não implica a proteção do processo, mas sim à proteção da própria comunidade, com o argumento de que ela será duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores do crime.

O direito constitucional de liberdade, dentro de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, exige que se aguarde o desenrolar normal do processo a fim de, havendo condenação do acusado, possa ser cerceado. A prisão preventiva, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Portanto, estar-se-ia violando o princípio da inocência, quando se pretende fundamentar a preventiva para a garantia da ordem pública, em razão de riscos de novas infrações penais ou a intranquilidade causada pelo crime.

Nesta oportunidade, sem fugir do tema, cabe fazer uma observação quanto ao disposto no artigo 295 do Código de Processo Penal que trata da prisão especial. Refere-se ao cumprimento da prisão cautelar para determinadas pessoas, que em razão das funções públicas por elas exercidas, da formação escolar ou em razão do exercício de atividades religiosas deverão ser recolhidas em quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente.

O referido dispositivo traduz uma clara distinção entre pessoas, ferindo o princípio da isonomia, havendo uma distinção de classes sociais. O Estado neste dispositivo revela que as cadeias e delegacias são destinadas para classes menos favorecidas, havendo uma nítida seletividade do sistema penal.

Por fim, cumpre ressaltar que os presos provisórios ficarão separados dos que já dos que já estiverem definitivamente condenados, é o que preceitua o artigo 300 do Código de Processo Penal.

3 – CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES.

O conceito de processo por CARNELUTTI (2001), é um conjunto de atos dirigidos à formação ou à atuação de mandatos jurídicos cuja característica consiste na colaboração de pessoas interessadas, que são as partes, e com uma ou mais pessoas desinteressadas, que são os juízes ou os órgãos judiciais. O autor aponta qual é a relação direta existente entre o Direito e o processo, pois este ao Direito quanto se figura como método para a formação e para a atuação.

A atividade jurisdicional é eminentemente pública, tutelando o ordenamento jurídico estabelecido como fator de segurança e paz social. A jurisdição penal com sua função de pacificação social, constitui um fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo.

A pretensão cautelar é diferente da pretensão definitiva, embora exista uma vinculação entre ambas por uma relação de complementariedade, a pretensão cautelar tem o fim de garantir o processo principal.

Em face da constitucionalização do processo penal, se pode enumerar as características das medidas cautelares da seguinte forma: provisoriedade, acessoriedade, preventividade, e instrumentalidade. São provisórias, pois são decretadas mediante cognição sumária, não se revestem de cunho de definitividade, não sendo satisfativas. Possui o caráter

acessório ao processo principal, ou seja, somente existe enquanto puder dar ao processo principal um resultado útil. Deve haver um vínculo com o processo principal é preventiva, pois sua extensão deve limitar-se ao estritamente necessário para evita males certos e futuros, por fim, a característica da instrumentalidade deve-se porque a medida cautelar serve de instrumento, de modo e de meio para atingir a medida principal.

As mediadas cautelares podem ser preparatórias, antes da instauração do processo cognitivo ou incidental, durante a pendência de processo principal.

Os pressupostos da tutela cautelar são o *fumus bomi iuris* e o *periculum in mora*. *Periculum in mora* significa que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia seja eficaz. O perigo de que a prestação jurisdicional se torne inócua. Já o *fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito. A probabilidade de uma sentença favorável no processo principal. O *fumus* traduz-se no binômio prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Que tais pressupostos analisados por LOPES JUNIOR (2001), os chamam de *periculum in libertatis* e *fumus comissi delicti*. É necessário que haja um perigo na liberdade do réu a justificar a sua prisão. A fumaça deve ser do cometimento do delito e não do bom direito, pois bom direito pode ser para condenar ou absolver o acusado. A fumaça é da prática do crime e não do bom direito.

As prisões preventiva, temporária e a em flagrante delito são consideradas prisões cautelares se destinando a tutelar os fins e os meios do processo. Somente subsistem se a sua manutenção for necessária, não devendo ser confundida com execução provisória da pena, repudiada pelo nosso sistema, face o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como por não possuir os requisitos da medida cautelar citados acima.

4 - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

É neste dispositivo que encontramos a presunção de inocência, que remonta a declaração de direitos francesa da constituição de 1791, repetida na Declaração Universal de Direitos do Homem, das Nações Unidas, em 1948, no seu artigo onze. Foi a Constituição da República Federativa do Brasil, que pela primeira vez, consagrou o princípio da presunção de inocência.

A finalidade do aludido princípio é a proibição que o legislador ordinário inverta o ônus da prova, exigindo que o réu tenha que provar a sua inocência, sob pena de condenação em razão da dúvida. Em sendo assim, o réu ser presumido inocente significa que o ônus de provar a veracidade dos fatos que lhes são imputados é da parte autora da ação penal, que, em regra, é o Estado na figura do Ministério Público, havendo dúvida deve o julgador absolver o acusado.

O sistema constitucional brasileiro destinou duas instituições para a obter a prova necessária para desconstituir o princípio da presunção de inocência, quais sejam: o Ministério Público e a Polícia Civil.

Por fim, o julgador ao aplicar a prisão cautelar, não se esta partindo da presunção de culpa, mas tutelando os fins e os meios do processo penal. Qualquer medida de coerção

pessoal contra o acusado somente deve ser adotada se revestida de caráter cautelar e, portanto, se extremamente necessária.

O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência possui três vertentes, quais sejam: regras de tratamento, regras de julgamento e regra de garantia

A regra de tratamento é observada quando aquele que é considerado inocente somente poderá ser imposta uma prisão cautelar quando seu comportamento oferecer um risco ao processo, caso contrário importaria um adiantamento da pena. Ademais, não deve o acusado ser exposto perante a sociedade como um criminoso, pois sobre este paira a presunção de inocência.

Encontra-se a regra de julgamento, não tendo a parte autora, se desincumbido adequadamente de seu ônus de demonstrar, o Código de Processo Penal estabelece uma regra de julgamento, dirigida ao juiz, determinado a absolvição do réu quando não existir prova suficiente para a condenação.

A regra de garantia refere-se a inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme leciona o mestre NICOLLIT (2009) que a norma é inerente a consagrada regra da presunção de inocência como garantia muito bem traduzida na expressão de que toda pessoa é inocente em quanto não se prove legalmente sua culpa.

O Código de Processo Penal deve passar por uma reeleitura, devendo ser interpretado conforme os princípios constitucionais vigentes, pois diversas são as normas que apresentam algum reflexo no processo penal. Não se deve limitar o princípio constitucional da inocência, vez que trata-se de uma regra chave do processo penal, verdadeira diretriz que concretiza a ponderação dos bens segurança social e direito à liberdade.

A consagração do princípio da presunção de inocência limita as possibilidades de prisão processual, tornando excepcionais os motivos que a justificam. É cediço que a prisão é uma das formas mais drásticas de proteger qualquer bem jurídico, sendo por esta razão

excepcional, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. O postulado constitucional da presunção da inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que não sofreu condenação penal transitada e julgada.

5 – A LIBERDADE INDIVIDUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

A Constituição da República Federativa do Brasil protegeu o direito a liberdade de forma muito clara e intensa, elevando o direito processual ao seu devido lugar de guardião da liberdade individual. A liberdade individual é direito fundamental e para muitos, praticamente intangível, levando em determinadas situações ao aniquilamento de outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana. A evolução histórica dos direitos fundamentais situa-se em três gerações. Os direitos de primeira geração traduzem em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Refere-se às liberdades individuais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. São chamados direitos de segunda geração, os direitos sociais são aqueles que não mais correspondem a uma prestação de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. Diz respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.. Ligam-se às reivindicações de justiça social. Já os direitos de terceira geração peculiarizam-se pela

titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos, são exemplos: o direito à paz, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

A liberdade é indispensável para a plena afirmação da dignidade humana. E é com base nela que deve ser fundada uma sociedade onde os direitos fundamentais emergentes da natureza humana sejam garantidos a todos os cidadãos, sem exceção.

Há que se fazer um equilíbrio entre a liberdade individual e a autoridade estatal, pois o conceito de liberdade não é absoluto, não implica em ausência de coação do Estado para com o cidadão. A liberdade consiste na ausência de coação anormal, ilegítima e imoral. Com efeito, somente a lei estatal e geral pode restringi-la. O Estado deve adotar medidas que protejam efetivamente os direitos fundamentais. Esse dever de proteção mostra-se associado ao direito à vida, à liberdade e à integridade física.

Respeita-se, sobretudo, a liberdade de conformação do legislador, a quem se reconhece discricionariedade na opção normativa tido como mais oportuna para a proteção dos direitos fundamentais. Cabe aos órgãos políticos e não ao judiciário, indicar qual a medida a ser adotada para proteger os bens jurídicos abrigados pelas norma definidoras de direitos fundamentais.

As hipóteses de direitos fundamentais elencada no Título II da Constituição não são taxativas. Tal afirmação é extraída da leitura do artigo 5º, §2º da nossa Carta Magna. Assim, há direitos fundamentais previsto expressamente na Constituição e direitos materialmente constitucionais previstos fora da Constituição.

Assim, o reconhecimento da situação jurídica de inocente impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação da liberdade, tendo em vista que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um inocente.

6 - A PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, devendo, portanto assegurar o direito com a legalidade e a democracia com a legitimidade dos atos. A legalidade é obtida pela função legislativa que deve sempre ser realizada dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, com total observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade e o da legalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra inúmeros direitos fundamentais, tais como a vida, imagem e liberdade, segurança. Trata da ordem pública no capítulo pertinente à segurança pública, sendo esta considerada um Direito Social, nos termos do art. 6º, caput, indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

O direito constitucional de liberdade, dentro do Estado Democrático de Direito, exige que se aguarde o término do devido processo legal afim de que havendo condenação do acusado possa ser cerceado. Entretanto, há em nosso ordenamento jurídico hipóteses em que autoriza o cerceamento da liberdade do indivíduo antes do transito em julgado da condenação. Comprovada a necessidade nas hipóteses legais é que estará autorizada a decretação da prisão preventiva. O Artigo 312 do CPP estabelece os pressupostos para que se possa decretar a prisão preventiva, ou seja, o *periculum in mora (periculum in libertatis) e fumus boni iuris (fumus comissi delicti)*.

Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da dignidade.

Parece evidente que a adoção de uma fórmula abstrata no plano legislativo que determina o recolhimento à prisão de tantos que tenham praticado determinado crime pode-se revelar totalmente incompatível com a idéia da dignidade humana.

A expressão “ordem pública” é muito vaga, havendo várias interpretações, o que afronta o princípio da legalidade, pois permite a prisão para inúmeros comportamentos não tipificados, ferindo os direitos e garantias fundamentais, vez que indaga-se a abrangência de tal expressão, o anseio da vítima e/ou seus sucessores de verem seu algoz no cárcere ou a sociedade em total alvoroço com passeatas e holofotes ou ainda a incolumidade física do acusado que se em liberdade colocaria em risco sua própria vida, poderiam configurar a garantia da ordem pública. Assim, há muitas hipóteses que não foram delimitadas em lei.

O professor LOPES JUNIOR (2001), defensor da inconstitucionalidade da prisão preventiva motivada na ordem pública, entende que a prisão para garantia da ordem pública, trata-se de um conceito vago e impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico.

O professor RANGEL (2009), nos orienta que devemos entender que ordem pública, é a paz e a tranqüilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais.

Entretanto, é o Estado que tem a função de assegurar a ordem pública, fornecendo segurança aos cidadãos, como bem preleciona o mestre Lenio Streck, que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade contra o arbítrio, mas também a obrigatoriedade de concretizar direitos prestacionais, e ao lado destes, a obrigação de proteger o indivíduo contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais.

O tema segurança pública encontra-se consagrado em nossa Carta Magna a partir do artigo 144, onde preceitua que a Segurança Pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. Elenca o referido artigo os órgãos responsáveis na preservação da ordem pública, quais sejam: as Polícias (Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Cíveis e militares), bem como o Corpo de Bombeiros.

Ademais, não se pode restringir um direito fundamental fulcrado em uma situação hipotética de que o acusado poderia vir a fazer. Não se deve olvidar que a prisão preventiva deve ser decretada para que o processo tenha seu curso regular assegurado e não por situações hipotéticas que eventualmente possam ser acometido o acusado. Segundo o professor Weber Martins Braga as regras que permitem a restrição de sua liberdade, quer sobre a forma de prisão preventiva, quer sob a de liberdade provisória sujeita a obrigações, devem ser interpretada restritivamente. O postulado da lei e ordem com discursos autoritários não podem sobrepor os direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República.

Neste espeque, a prisão preventiva decretada para garantir a ordem pública, de um modo geral, não apresenta qualquer utilidade para os fins do processo. A prisão preventiva como todo e qualquer medida cautelar deve estar amparada pelas características de uma medida cautelar, quais sejam, acessoriedade, preventividade, instrumentalidade e

provisoriedade. Em sendo assim, a prisão preventiva pela ordem pública não há a instrumentalidade, protege algo fora do processo que é a segurança pública, deixando de ser cautelar por faltar-lhe o requisito *periculum libertatis*, e por conseqüência seria inconstitucional.

Quando o juiz determina a prisão preventiva de um acusado, deve fazê-lo tendo em vista a necessidade de assegurar o desenvolvimento válido do processo. Entretanto, quando sustenta a garantia da ordem pública o Magistrado raramente invoca em sua decisão fundamento de natureza cautelar.

De outro lado, não se vai pugnar pela inconstitucionalidade da prisão preventiva como um todo, mas se deve demonstrar a necessidade de uma releitura apropriada e garantista do instituto avaliando as normas de Processo Penal à luz da Constituição. O Código de Processo Penal de 1941 e por isso muitas de suas normas estão em desacordo com a Constituição.

O fato é que Código de Processo Penal foi elaborado e construído a partir de juízo de antecipação da culpabilidade, na medida em que a fundamentação da custódia refere-se à lei e não a uma razão cautelar específica.

Não se discute que caso de grande gravidade não seria possível a decretação da prisão preventiva motivada na ordem pública, o que não se admite é banalizar a sobredita prisão, para todo e qualquer delito, sem realizar uma ponderação de interesses no caso concreto. Isso significa que a prisão provisória há de se observar na sua decretação de execução o princípio da proporcionalidade. É preciso decompor a ordem pública para se constatar quais os bens estão concretamente ameaçados e somente assim, proceder a ponderação.

É o que preleciona o mestre GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO (2006) quando aduz que não é inconstitucional cometer a função residual de segurança pública ao judiciário, no entanto, essa função só se legitima, se a decisão for produzida como produto de uma adequada ponderação de bens constitucionais e concretamente ameaçados.

A privação cautelar da liberdade individual reveste de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade, não deve ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois em uma democracia, prevalece o princípio da liberdade, incompatíveis com punições sem processo.

CONCLUSÃO

A Constituição somente previu duas espécies de prisão: a prisão pena (baseada em uma sentença transitada e julgado) e a prisão cautelar, devendo esta última conter os pressupostos de toda medida cautelar o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Ausentes tais pressupostos, não se pode falar em prisão cautelar e toda e qualquer acautelamento fora dessas hipóteses será inconstitucional, devendo ser extirpado de nosso ordenamento jurídico. A liberdade é a regra e a prisão é a exceção.

A prisão preventiva como fundamento para a segurança da ordem pública não guarda as características fundamentais da prisão de natureza cautelar, vez que não há *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que podem ser tratados especificamente para a prisão cautelar como

fumus comissi delicti e periculum in libertate respectivamente, ou seja, indícios do cometimento de um delito e perigo na liberdade.

Neste entendimento só caberia então a prisão cautelar quando houvesse indícios do cometimento de um crime por uma certa pessoa e de que a liberdade desta ofereceria perigo para o processo, vez que ela poderia destruir provas, ameaçar testemunhas, fugir para que não viesse a cumprir a sentença imposta pelo Estado etc.

A Constituição, conhecida como Constituição Cidadã, mais do que prever direitos aos cidadãos, também aduziu em seu texto normas que viessem limitar o poder do Estado contra os cidadãos.

As Normas Processuais Penais mais do que um meio para conseguir um fim – que seria a sentença justa – elas devem se pautar nos princípios Processuais Penais Constitucionais elencados pela Nossa Carta Magna, pois se assim não fizessem poderiam se tornar um meio mais gravoso do que o próprio fim.

A prisão pelo simples objetivo de garantir a ordem pública retira toda subjetividade da prisão, pois transfere para o acusado, com a sua prisão, a função de trazer a paz pública para a Sociedade, função esta que o Estado deveria obter através de seus agentes e órgãos. Fato este que não poderia ser imputado a alguém que conforme preceitua a nossa Lei Maior, presume-se a inocência.

A prisão para garantir a ordem pública deixa de ser uma prisão para se garantir o processo, o que se coadunaria perfeitamente com os princípios constitucionais penais, para ser uma prisão com fundamentos extra-processuais.

O princípio da presunção do estado de inocência não é nenhuma criação fantasiosa da doutrina, mas norma expressa. Com isso, há que se remodelar a compreensão da prisão preventiva. A garantia da ordem pública, por certo, afronta a Constituição, pois, além de utilizar-se de uma fórmula indeterminada e genérica, que apenas serve ao autoritarismo e

arbítrio, confunde prisão cautelar com definitiva, já que possibilita a decretação da medida extrema com base em argumentos que fogem à teoria da cautelaridade.

O fato é que Código de Processo Penal de 1941, foi elaborado e construído a partir de juízo de antecipação da culpabilidade, na medida em que a fundamentação da custódia refere-se à lei e não a uma razão cautelar específica, razão pela qual, deve ter uma interpretação conforme a Constituição de 1988, atendendo as diretrizes de uma Estado Democrática de Direito e em total respeito aos princípios dela emanados, como o princípio da inocência, dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. São Paulo: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson e outros. *Código de defesa do consumidor anotado*. São Paulo: Forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crise do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURINHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de direito penal brasileiro-parte geral*. São Paulo: RT, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Luís Fernando Lobão de Moraes. São Paulo: Edicamp, 2001.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Elsevier. 2009.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. Vol I –
Lumem Juris. 2009.