

PRISÃO PREVENTIVA: A Amplitude do fundamento da ordem pública analisada no contexto da decretação da prisão preventiva

PRE-TRIAL DETENTION: The breadth of the public order foundation analyzed in the context of the decree of pretrial detention

Karem Luiza Peres Barros¹

Sérgio Denys Nascimento Jácome²

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de estudar a contextualização do fundamento “assegurar a ordem pública” e seus requisitos quando aplicados à prisão preventiva, tendo em vista que essa motivação aborda uma amplitude conceitual que por vezes afeta o direito fundamental à liberdade do preso preventivo. De forma que reúne tantas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, a fim de levantar considerações sobre as medidas cautelares presentes no ordenamento jurídico brasileiro e acerca da fragilidade desse fundamento quando aplicado unicamente na tentativa de restringir o direito à liberdade.

Palavra-chave: prisão preventiva; ordem pública; liberdade.

ABSTRACT

This paper aims to study the contextualization of the grounds "to ensure public order" and its requirements when applied to pre-trial detention, in view that this motivation addresses a conceptual range that sometimes affects the fundamental right to freedom of the pre-trial detainee. So that brings together many doctrinal and jurisprudential research on the subject, in order to raise considerations about the precautionary measures present in the Brazilian legal system and about the fragility of this foundation when applied solely in an attempt to restrict the right to freedom.

Keyword: pretrial detention; public order; freedom.

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, precisamente na esfera processual penal, têm-se a disponibilidade do magistrado determinadas espécies de prisões que podem ser aplicadas durante a instrução penal. Entre essas medidas cautelares, da prisão em flagrante à liberdade

¹ Discente do 10º período do Curso de Direito, Universidade Ceuma – Unidade Anil, E-mail: karemluizapb@gmail.com.

² Sérgio Denys Nascimento Jácome – Professor e especialista em processo penal

provisória, destaca-se a inconsistência eminente na decretação da prisão preventiva quando se tem como seu único fundamento a preservação da ordem pública.

Ao tecer esse assunto, é imperioso realçar que a decisão da prisão preventiva como medida cautelar deve apresentar a fundamentação e formalidade exigida em todo veredito jurídico, visto que se vincula a limitar um dos principais direitos fundamentais inerentes ao ser humano, qual seja, o direito à liberdade individual resguardado pela Constituição Federal de 1988. Além disso, se faz necessário prova da existência do crime, indícios suficientes a fim de comprovar a autoria e o imputado deve ter demonstrado meios que podem prejudicar a aplicação da lei penal, a instrução processual e a própria ordem pública.

A referida inconsistência que engloba a sustentação da ordem pública seria a ausência conceitual desse pressuposto que permite uma interpretação aberta pelo magistrado e que em muitos casos leva à banalização da preventiva. À vista disso, este presente artigo tecerá uma análise direcionada tanto aos direitos e garantias fundamentais, precisamente ao princípio da liberdade da pessoa humana quanto das medidas cautelares existentes no processo penal, precisamente à prisão preventiva, seus requisitos e principais fundamentos.

Constituindo como objetivo geral um estudo crítico sobre esse vasto quesito e a possível banalização do instituto que afeta um direito fundamental. Por sua vez, o objetivo específico será demonstrar como a utilização única da preservação da ordem pública na decretação da preventiva pode afetar o direito fundamental à liberdade, do devido processo legal e da legalidade na aplicação da lei penal.

Para o embasamento desse estudo, foram realizadas consultas bibliográficas a partir de dissertações, livros, artigos, teses e legislações que retratam o assunto, bem como, por meio de jurisprudências dos Tribunais Superiores. O desenvolvimento dessa pesquisa é dividido em três seções, quais sejam: a primeira tem como núcleo principal a apresentação dos direitos fundamentais, em específico, o princípio da liberdade da pessoa humana e os riscos que esse direito fundamental pode vir a passar com a persistência do julgador com a indeterminada ordem pública. Em seguida, teceremos de forma direta e concisa sobre as espécies de prisões aplicadas no direito brasileiro e principalmente na conceituação do que é de fato a prisão preventiva. E por último, será analisado a amplitude que a ordem pública e seus fundamentos abordam quando utilizados de forma apartada em decisões judiciais.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais legitimam um longo desenvolvimento da relação existente entre o homem e o Estado, o que pressupõe um processo de conquistas e regressos. Como de conhecimento geral, o surgimento desses direitos é devido ao início do Estado Liberal durante o século XIX e diversos outros marcos históricos, tais como, a Carta Magna do Rei João Sem Terra (1215), sobrevivendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) com a Revolução Francesa, e a Segunda Guerra Mundial (1945-1948), pode-se dizer que esta última foi o ponto forte para a concretização de fato destas “prerrogativas”, tanto que após o seu fim, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) idealizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) a fim de universalizar o conhecimento de todos sobre suas garantias.

Esses direitos também representam preceitos principiológicos que orientam o Estado para direcionar suas regras e sistemas de organização, constituindo um objeto essencial para a idealização do que hoje temos por Constituição Federal. É neste sentido de essencialidade que a Carta Magna de 1988 aborda um capítulo específico para tratar sobre os direitos e garantias fundamentais.

Lemas sobre igualdade, dignidade da pessoa humana, direito à vida, à educação, ao trabalho e a liberdade designam-se como fundamentos e princípios que regem a República Federativa do Brasil na forma dos artigos 3º e 4º do atual texto constitucional. Sendo assim, na vivência de um estado democrático de direito é importante que os supracitados dilemas sejam estruturados como parte dos direitos fundamentais, e principalmente, que sejam respeitados e operados durante o crescimento histórico-social e jurídico do país.

Doutrinariamente, é comum observar a classificação dos respectivos direitos em gerações. Os de primeira geração insurgem com a concretização do Estado liberal, sendo direitos positivos que tem como titular único o indivíduo, o que caracteriza uma contraposição ao totalitarismo estatal.

A primeira geração abarca a garantia à vida, propriedade, igualdade, liberdade, dentre outros. Enquanto a segunda geração apresenta direitos sociais, econômicos e culturais, tais como, o direito ao trabalho, à moradia, à educação e saúde. Por consequência, tem-se a terceira geração denominada pelos direitos difusos ou de solidariedade, representados pela tutela do meio ambiente, do desenvolvimento social, à paz e possuem uma universalidade de destinatários.

A perspectiva do que venha a ser direitos fundamentais é bem ampla e por conta disso possui diversas nomenclaturas, desde “direitos do homem” a “liberdades públicas”, e diante desta abrangência, se faz imperioso destacar a contextualização realizada pelo constitucionalista Silva (2014, pág. 180) ao definir o que seriam os direitos fundamentais. Veja-se:

direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a qualificação de que se trata de situações jurídicas, sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos; por igual; devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Neste liame, sob vista da Constituição Federal/1988 acentua-se o renomado artigo 5º, que pode ser considerado a origem do ideal de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, dispondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes;”

Isto posto, observa-se a partir desses conceitos que independentemente da denominação, a inerência, ou seja, a característica peculiar e subjetiva destes direitos está sempre presente, o que respalda a ideia de que o homem já nasce detentor destas prerrogativas que lhe são imprescindíveis a fim de manter uma vida digna, por essa razão que, o Estado como titular de um poder normativo e organizacional deve não só respeitá-las, como também, designar sua efetiva aplicação.

No tocante ao poder judiciário, como uma extensão do poder estatal, é importante delimitar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que, especificamente na área penal e processual penal, esse sistema lida diariamente com o conflito entre a liberdade e punibilidade. A punibilidade surge a partir do momento em que a pessoa pratica um crime e, portanto, eleva-se para o Estado a possibilidade de punir o responsável, essa punição por muitas vezes se inicia na decretação da prisão.

É nesse sentido que se faz primordial realçar a liberdade não só como um mero princípio identificado em doutrinas, mas também, como um respeitável direito fundamental por razão que o magistrado – representando o Estado punidor – concede por vezes, a prisão preventiva como uma mera resposta social que inicialmente pode conter fundamentos legítimos, contudo,

mesmo após a cessação destes persiste em mantê-la de forma que obstrui o ir e vir do agente. A persistência em manter o agente no cárcere ocasiona a iminência de precedentes jurídicos que vão de encontro com o real sentido do instituto. É nesse conflito que surge a pergunta: até onde o Estado pode intervir na liberdade do agente como forma de punição?

Na busca pelo verdadeiro ideal de liberdade, encontram-se diversas definições, podendo ser tanto um desencontro com o autoritarismo quanto uma prerrogativa de poder. Nas palavras de Silva (2016, pág. 103) encontra-se a seguinte colocação, “a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. ”

Na visão de Montesquieu (1998) a liberdade se define em “o direito de fazer tudo o quanto as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder.”

A liberdade tende a diferenciar o homem de outros seres, por determinar que este é livre e único possuidor de suas razões, podendo tornar-se um ser absoluto, e por princípio da liberdade individual entende-se o exercício de suas vontades sem a interferência de meios externos.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) preceitua em seu texto, em específico em seu artigo 4º. que a “ A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

O Pacto de San José da Costa Rica, criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, p. s/p) realça a liberdade como um direito civil e político. Adiante exposto:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

Advém que o instinto humano nunca estará satisfeito com o que tem, tampouco com as restrições estabelecidas em forma de lei, e assim nasce os delitos. De um mero furto à um homicídio, ambos detêm de pena para quem os pratica. Sucede-se que em muitos casos, a liberdade do agente é restringida de forma genérica, e é nesse ponto que o presente artigo pretende abordar.

Observa-se que essa liberdade não é de fato absoluta, podendo ser moldada a fim de manter os interesses coletivos como prioridades. A legislação brasileira é exemplo da referida modulação, é a lei que impõe ao cidadão o que e não fazer. Em contraposição, não basta somente a leitura direta da lei, deve haver um equilíbrio com os princípios constitucionais que respaldam a dignidade da pessoa humana, neste caso, especificamente, o devido processo legal, a legalidade e presunção de inocência.

Diante dos fatos, surgem os principais questionamentos: é coerente que o agente preso de forma preventiva permaneça em cárcere mesmo após a cessação dos fundamentos que nortearam a decisão? A liberdade como um direito fundamental pode ser cerceada por decisões genéricas?

Mediante todo o exposto torna-se inquestionável a relevância do que a liberdade representa para cada ser humano, portanto, um direito tão importante não deve ficar à mercê da banalização das decisões judiciais e sim ser direcionado com seriedade por cada julgador, por razões que o agente – mesmo na condição de preso provisório – detém de seus direitos e garantias.

3 AS MEDIDAS CAUTELARES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Prisões: Flagrante e Temporária

Para melhor contextualização do tema, é importante tecer sobre as modalidades de prisão aplicáveis no âmbito processual penal brasileiro. Nas palavras de Reis e Gonçalves (2015, pág. 449):

A primeira refere-se ao cumprimento de pena por parte de pessoa definitivamente condenada a quem foi imposta pena privativa de liberdade na sentença. Essa forma de prisão, denominada prisão pena, é regulamentada na Parte Geral do Código Penal (arts. 32 a 42) e também pela Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84). Seu cumprimento se dá em regime fechado, semiaberto ou aberto, podendo o réu progredir de regime mais severo para os mais brandos após o cumprimento de parte da pena e desde que tenha demonstrado méritos para a progressão. Em segundo lugar existe a prisão processual, decretada quando existe a necessidade de segregação cautelar do autor do delito durante as investigações ou o tramitar da ação penal por razões que a própria legislação processual elenca. Esta modalidade de prisão, também chamada de provisória ou cautelar, é regulamentada pelos arts. 282 a 318 do Código de Processo Penal, bem como pela Lei n. 7.960/89.

Como exposto, a prisão processual é aquela que tem por objetivo assegurar a devida transição do processo, dentre as provas, a vítima e o autor do delito. Quanto as medidas

cautelares existentes, esse artigo abordar de forma breve e concisa neste tópico as modalidades de prisão em flagrante e prisão temporária, a fim de compreender o funcionamento das medidas cautelares brasileiras.

A prisão em flagrante tem base constitucional, sendo regulamentada no artigo 5º, inciso LXI, da CRFB/88, o qual prescreve: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Além da esfera constitucional, o Código Processual Penal aborda esse instituto dentre seus artigos 300 a 310. A nomenclatura flagrante elege que o agente do delito fora visto no momento em que praticava os atos executórios, ou seja, na iminência do seu dolo ou imediatamente após a prática do delito.

Conceitualmente, Nucci (2020) aborda que flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, a prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).

Pela vasta abordagem da palavra se fez preciso distinguir as diversas hipóteses de prisão em flagrante que podem ocorrer. Desta forma, destaca-se a classificação doutrinária pelas palavras de Reis e Gonçalves (2015): a) flagrante próprio ou real; b) flagrante impróprio ou quase flagrante; c) flagrante presumido ou ficto; d) flagrante provocado ou separado; e) flagrante esperado/forjado e por fim, f) flagrante retardado;

Além dessa classificação, a prisão em flagrante possui algumas peculiaridades que se tornam imprescindíveis de se pontuar. A primeira, como já exposto, é uma prisão de natureza administrativa, visto que independe do mandato de prisão provido pela autoridade judiciária, bastando apenas que o autor do ilícito seja visto no momento ou posterior ao delito. Como sujeito ativo – aquele que pode dar a voz de prisão – este pode ser qualquer cidadão presente no momento.

Outro ponto interessante é a reforma abordada pela Lei 12.403/2011 na qual tornou obrigatório que o magistrado, ao ter ciência da prisão em flagrante, adote as medidas dispostas no artigo 310 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941). Leia-se:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

- I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Planalto)

Portanto, observa-se que há somente duas possibilidades ao juiz: relaxar a prisão ou convertê-la em preventiva. Não há mais disponibilidade que o magistrado mantenha a prisão sem levar em consideração seus fundamentos e disponibilidade de prosseguir ou não, cabendo a este decidir de forma efetiva se o *periculum* existe, caso contrário, o suspeito deve responder em liberdade provisória.

A liberdade provisória é prevista no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal/88, e aduz que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esse instituto será concedido após a análise da potencialidade da infração e também se esta possui natureza afiançável ou inafiançável.

Ante o exposto, cabe a análise da prisão temporária, esta pode ser definida como uma espécie cautelar que permite a preservação das investigações durante o inquérito policial.

Consoante Nucci (2020) a prisão temporária representa “uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações.”

Diferentemente da prisão em flagrante, na modalidade temporária, essa decisão deve ser concedida e fundamentada somente pelo magistrado a pedido da autoridade policial ou pelo Ministério Público. O binômio necessidade e adequação devem sempre estar presentes na concessão dessa medida, ademais, é imprescindível ressaltar se a finalidade apontada pela autoridade policial condiz com os fatos apontados, ou seja, incube ao magistrado verificar se os fins almejados pela investigação podem ou não ser concretizados por meio de medidas cautelares diversas à prisão.

Na análise da Lei 7.960/89 em seu artigo 1º e incisos seguintes, tem-se as possibilidades de decretação da prisão temporária, adiante explanados:

- Art. 1º Caberá prisão temporária:
- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
 - II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes; (BRASIL, Lei nº 7.960 de 21 de novembro de 1989. Planalto)

Constata-se que prisão temporária possui dois núcleos importantes para designar sua implementação: a investigação policial e o acusado. Ambos determinam a temporariedade, além da natureza do delito. Doutrinariamente, Capez (2018, pág. 567) aduz sobre a prisão temporária:

A prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. No entanto, afrontaria o princípio constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um delito grave. Inequivocamente, haveria mera antecipação da execução da pena. Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.

Assim como a prisão em flagrante, a temporária possui peculiaridades que a distinguem. Em suma, há um prazo estabelecido para a sua execução, em regra, será de 5 (cinco) dias podendo ser prorrogado por igual período quando houver a devida necessidade. Nada obstante, quando a abordagem for de crimes hediondos ou equiparados, o prazo será de 30 (trinta) dias e também prorrogáveis por igual período. Quanto a sua decretação, se faz necessário requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, logo, não pode ser feita de ofício.

Destacadas as medidas cautelares acima e de todo o exposto pode-se extrair o quanto a implementação de uma medida limitadora da liberdade deve ser feita de forma coerente e dentro dos ditames legais, fora analisado que tanto a prisão em flagrante quanto a temporária, para sua devida implementação, torna-se imperioso a plena fundamentação à vista de evitar o cerceamento da liberdade do agente de forma indevida.

Nesse raciocínio, não é viável que o juiz as mantenha com a finalidade de uma sanção que não mais subsiste de fundamentos. Nas palavras do renomado Lopes Júnior (2019) as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo. Isto posto, vale uma interpretação além desta, visto que essas medidas devem tutelar além do processo em si, os direitos e prerrogativas do acusado.

3.2 Contextualização e Fundamentos da Prisão Preventiva

3.2.1. Prisão Preventiva

O significado de tutela diz respeito à uma proteção exercida em relação a alguém ou algo mais frágil. Na intenção de se entender esse conceito aplicado no âmbito processual penal se faz imperioso realçar as alternativas previstas no próprio Código de Processo Penal (CPP), a princípio, têm-se as medidas assecuratórias – arresto, sequestro e hipoteca legal – encontradas nos artigos 125 a 144-A da referida norma legal. Há também a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, moldadas no artigo 319 do CPP e o principal foco desse presente artigo: as prisões cautelares, especificamente, a preventiva.

Observa-se que a forma de tutela não é única, pelo contrário, a proteção se expande desde a preservação de bens em direitos reais, tal como a salvaguarda do inquérito policial e todos os seus elementos, incluindo a vítima. A prisão cautelar torna-se a última opção quando se trata das formas de privação de liberdade, por esta, podemos entender que só será aplicável quando houver os devidos fundamentos para tanto.

Nucci (2020, pág. 937) ressalta que a prisão cautelar:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual. Por outro lado, o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado e o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. A prisão no processo penal equivale à tutela de urgência do processo civil. Ilustrando, o art. 300 do CPC: a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Nesse contexto, entendemos o quanto é valorosa a liberdade. A prisão preventiva, portanto, torna-se uma medida estritamente excepcional, no qual o juiz não pode sobrepor nenhuma incerteza quanto a autoria, materialidade e periculosidade que o acusado representa. Nas paráfrases doutrinárias, destaca-se adiante a definição abordada por Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2015, pág. 477) “trata-se de modalidade de prisão processual decretada exclusivamente pelo juiz de direito quando presentes os requisitos expressamente previstos em lei. Por se tratar de medida cautelar, pressupõe a coexistência do *fumus commissi delicti e do periculum libertatis*.”

A Constituição Federal/88 apresenta a hipótese da preventiva em seu artigo 5º, inciso LXI, ao prescrever que, será admitido, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Constata-se

que o legislador foi cauteloso ao escrever essa modalidade por razões de limitar a liberdade antes mesmo da condenação.

A liberdade, mesmo que provisória, também contém fundamento constitucional prescrito no artigo 5º, inciso LXVI, ao ponto que estabelece: “ninguém será levado a prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”

Essa excepcionalidade rege-se além do escrito na lei, princípios como o da adequação e proporcionalidade, como também, da taxatividade e presunção de inocência devem fluir no momento de decidir sobre a aplicação da preventiva, isto porque, decisões como estas não podem apresentar resquícios de superficialidade.

Desse modo, alinha o Código de Processo Penal em seu art. 312 que:

a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Considerando o caráter punitivo e assecuratório da prisão preventiva, interpreta-se um viés de tentar impedir que o sujeito venha a reiterar suas possíveis atitudes criminosas, visto que novos possíveis delitos podem interferir diretamente na apuração dos fatos e na aplicação da sanção. Nada obstante, não há como prever essas atitudes “reincidentes”, portanto, é nesse teor que a aplicação da preventiva deve ser interligada à sua característica de ser a *ultima ratio* a ser usada pelo Estado punidor.

Afinal, como já exposto no parágrafo introdutório desse capítulo, o Código de Processo Penal possui outras medidas cautelares e distintas da prisão que podem ser aplicadas, devendo estas sobreporem à limitação da liberdade. Observa-se então, que a prisão cautelar somente vem a ser decretada em momentos excepcionais nos quais tão somente a prestação judicial não se encontra sendo necessária para instruir e preservar o caso.

3.2.2. Requisitos e Fundamentos da Prisão Preventiva

a) “*Fumus Commissi Delicti*” e o Princípio da Presunção de Inocência

O *fumus commissi delicti* representa um requisito da prisão preventiva no qual alega que para a sua decretação são imprescindíveis tanto a existência do crime quanto os indícios suficientes de autoria (LOPES JÚNIOR, 2019). É a abordagem direta do que transcreve a parte final do art. 312 do CPP ao ensinar que a prisão preventiva precisa de prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (LIMA, 2020).

Neste ínterim, percebe-se que tão somente a probabilidade de ocorrência do fato delitivo não é suficiente para dispor sobre a prisão, ou seja, a mera presunção não determina a verdade. É importante a coexistência de momentos e objetos captados durante a investigação que vinculem o acusado ao delito.

Sobre essa interpretação, disserta Renato Brasileiro Lima (2020) “a prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico.”

Em referência as supracitadas declarações, é possível entender o quanto a decisão deve ser totalmente restrita à uma análise do crime no geral, levando em consideração seus atributos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – até porque, sem a existência destes elementos não há razão para decretar uma preventiva.

Como destaca Lopes Júnior (2019, pág. 760) “sem dúvida que a análise do elemento subjetivo do tipo é crucial, até porque sua ausência conduz à atipicidade da conduta (sem crime, não há que se falar em prisão preventiva) ou à desclassificação para o tipo culposo (e não cabe prisão preventiva por crime culposo). Logo, a análise do dolo é fundamental.”

Em suma, o dolo, a tipicidade, a culpabilidade, a possibilidade da conduta ser ilícita e um apanhado suficiente de provas devem construir a base do magistrado ao decretar a prisão, principalmente por se tratar de uma decisão meramente sumária, que não exige o aprofundamento no caso. A prova da existência do crime pressupõe a uma certeza de que o mesmo ocorreu e o indício de autoria tem que ser suficiente à fim de evitar colocar uma pessoa presumidamente inocente aos limites de uma medida cautelar.

Ensina Renato Brasileiro Lima (2020, pág. 832):

Ora, não é a fumaça do bom direito que determina ou não a prisão de alguém, mas sim a comprovação por elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que o delito foi cometido por aquela pessoa que se pretende prender. Daí o uso da expressão *fumus commissi delicti*, a ser entendida como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito.

Os elementos dos quais aborda o autor precisam estar à vista do juiz, caso contrário, não há como proceder pela medida cautelar tendo em vista que o acusado, em tese e segundo a constituição, é presumidamente inocente até que tenha uma sentença transitada em julgado. Seguindo esse raciocínio, passamos a pontuar sobre o princípio da presunção de inocência que ocupa um importante basilar tanto na preventiva quanto na sentença final, entretanto,

considerando as decisões jurisprudenciais pátrias é comum encontrarmos julgados que determinam que não há violação ao referido princípio, isto porque, a própria Suprema Corte deste país, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência (BRUNO CUNHA WEYNE, 2014).

Contudo, reitera-se que a supracitada decisão não detém o condão de restringir a importância que a presunção de inocência representa para o processo como um todo, isto porque, é obrigação do Estado sancionar de forma coerente a pessoa correta.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) aborda em seu texto a ideia do referido princípio, assim compreende-se a sua importância: “11. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Na Constituição brasileira por mais que o princípio da presunção de inocência não esteja plenamente destacado, dá-se ênfase ao que prescreve o artigo 5º, inciso LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal acusatória. Representando, portanto, o princípio da presunção de não culpabilidade (LIMA, 2020).

Portanto, a necessidade de abordar o princípio da presunção de inocência juntamente com o *fumus commissi delicti* nesse tópico, se refaz para compreendermos que em casos de medidas cautelares advindas de uma cognição sumária, é indispensável que se encontrem possíveis indícios da “fumaça da prática de um delito punível” juntamente interligado à autoria ou materialidade. E se caso restar resquícios de dúvidas e provas insuficientes, a medida cautelar não pode preceder, sob pena de inadequação ou possível abuso em sua aplicação, sendo assim, o juiz deve decidir permanência do acusado em liberdade.

b) “Periculum Libertatis”

O *periculum libertatis* está presumidamente presente nas hipóteses abordadas no artigo 312 do CPP e representa a disponibilidade que o Estado detém de manter o suspeito sob sua tutela objetivando a proteção de interesses comuns.

Na conceituação de Lopes Júnior (2019) tem-se que “pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.”

Em razão disso, há como caracterizar o *periculum libertatis* como um gênero, e as hipóteses do artigo 312 do CPP como espécies que serão descritas de forma específica adiante.

c) “Garantia da Ordem Econômica”

Sobre a ordem econômica, podemos destacar que foi instituída como um requisito da prisão preventiva em virtude da Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste) que aborda em seu contexto prevenções e repressão às infrações contra a ordem econômica, atualmente, essa norma legal encontra-se revogada pela Lei nº 12.529/2011.

Especificamente no artigo 36 da atual Lei nº 12.529/11 temos as hipóteses de infrações. Veja-se:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(BRASIL, Lei nº 12.529 de de 30 de novembro de 2011. Planalto)

A partir disso, interpreta-se como garantida da ordem econômica toda atitude ilícita que reflita diretamente nas atividades financeiras do país. A Constituição Federal, aos moldes do artigo 170 e seguintes informam sobre as regras e princípios da ordem econômica elevando seu caráter de preceito constitucional.

Lopes Júnior (2019, pág. 764) ensina que:

tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei n. 8.884/94, Lei Antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.

Isto posto, apesar de todo esse acervo correspondente à ordem econômica, na prática judiciária percebe-se que não é uma hipótese vista diariamente, por tanta inércia jurisprudencial esse dispositivo recebe até mesmo críticas na doutrina por ser comparada com o mesmo conceito previsto para a ordem pública.

d) “Conveniência da Instrução Criminal”

Esse requisito tem por finalidade o resguardo das provas e testemunhas durante a instrução criminal, é aplicado quando o agente tenta obstar o desenvolvimento probatório. A conveniência aqui utilizada, estará sempre condicionada à probabilidade verídica de risco à fase instrutória.

Em outras palavras, Nucci (2020) alega que “abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva.”

Ainda nessa linha de pensamento, escreve Lopes Júnior (2017, pág. 65):

a prisão preventiva para tutela da prova é uma medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao (instrumento) processo. Aqui, o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos.

Exemplificando, quando o acusado tende a ameaçar testemunhas ou a própria vítima, ou até mesmo prejudicar a colheita de evidências em seu desfavor, ficará ao critério do juiz a decretação da preventiva, assegurando que a conveniência corresponde à um risco real e priorizando a necessidade de que a instrução criminal venha a ser concluída de forma coerente e sem interferências externas na busca pela verdade dos fatos (NUCCI, 2020).

e) “Assegurar a Aplicação da Lei Penal”

Assegurar aplicação da lei penal dispõe tão somente pela responsabilidade que o Estado tem de punir o acusado quando findado todo o rito processual necessário e há riscos de fuga, o que geraria a não incidência da pena.

É a conservação da finalidade do processo penal, a aplicação e o cumprimento da pena, caso contrário, não teria lógica iniciar toda essa instrução e mover o judiciário se ao final não fosse possível aplicar a devida sanção (NUCCI, 2020).

Nada obstante, a obstrução da aplicação da lei deve ser inequívoca, assim sendo, o risco de fuga do acusado precisa ser eminente e não tão somente uma presunção. Tendo em vista que, como todo requisito de uma medida cautelar, a possibilidade deve ser real em razão do caráter tutelar do instituto.

f) “Garantia da Ordem Pública”

A garantia da ordem pública é o principal foco desse estudo, portanto, com a finalidade de explanar mais profundo esse item e seus requisitos, será abordado em tópico apartado como adiante.

4 UMA ANÁLISE DA PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E SEUS PRESSUPOSTOS NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Esse tópico será desenvolvido com uma abordagem doutrinária e jurisprudencial a fim de se entender a problemática das decisões que apresentam a ordem pública como um motivo para restringir a liberdade do acusado. Por razões que, como já citado anteriormente, medidas cautelares ensejam uma análise sumária do caso e persistir em um fundamento tão amplo como a “preservação da ordem pública” pode gerar efeitos que desencontram com o real intuito de uma medida cautelar.

À vista dessa introdução, o conceito de ordem pública – como referenciado no título do presente tópico – aborda uma amplitude referencial que permite uma vasta interpretação subjetiva do juiz e conseqüentemente se torna uma das maiores causas de decretação de preventiva no país.

Com efeito, encontramos a ordem pública aplicada em diferentes sentidos, Nucci (2020) destaca os quesitos, dentre eles, a repercussão social, a gravidade concreta da infração e a periculosidade do agente.

A princípio, a fim de delimitar uma análise específica de cada item, iniciaremos pela relação entre a *ordem pública e o clamor/repercussão social*. Essa custódia é cabível quando o acusado possui um perfil que pode causar constrangimentos ao convívio social em virtude de sua inquestionável periculosidade (REIS ALEXANDRE, GONÇAVES EDUARDO, 2015).

O clamor social diz respeito à um abalo na tranquilidade e segurança da sociedade instituído pelo crime em si. A depender de sua gravidade e as conseqüências negativas no geral, é o medo que perdura nas pessoas após a ciência do crime, esse medo então seria uma legitimação para que o judiciário determine a prisão do acusado (NUCCI, 2020).

Ocorre que esse clamor público gera inúmeras incertezas quanto à sua veracidade, isto porque não é difícil observamos o quanto as mídias e redes sociais detém de uma certa influência nas decisões judiciais. Quando há casos de repercussão nacional, é previsível que o magistrado fica limitado em decretar a prisão, caso contrário, os comentários quanto a aplicação da justiça pode gerar efeitos negativos para a instituição jurídica.

Nas palavras de Lopes Júnior (2019, pág. 763): “há quem recorra à credibilidade das instituições como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor.”

Talvez seja por isso que essa perspectiva de “insegurança da sociedade” seja tão visada de críticas, isto porque, a vagueza dessa expressão pode fazer com que seja utilizada em todo e qualquer crime que venha a ocorrer e seja noticiado, não obstante, todo delito não tem uma consequência social negativa?

Na concepção de Renato Brasileiro Lima (2020) não é viável que seja concedida a aplicação da prisão preventiva em razão da repercussão da infração ou da instabilidade social provocado pelo crime, quando considerados de forma isolada.

Exemplifica Odone Sanguiné (2003, pág. 114):

quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança 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, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual 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 gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

Quanto à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus de nº 117.885, utilizou as teses de ordem pública e periculosidade do agente para manter a prisão preventiva. O relator, ministro Marco Aurélio, apresentou a seguinte colocação:

O clamor social, na maioria das vezes a envolver visão apaixonada, não serve a fundamentar a custódia precária e efêmera, devendo-se dizer o mesmo quanto ao prestígio do Judiciário, ao qual incumbe, independentemente de fatores atécnicos, da capa do processo, da repercussão do crime, guardar a mais absoluta equidistância, decidindo à luz da ordem jurídica. Reitere-se que, na decisão mediante a qual implementada a prisão preventiva, não se teceu uma linha sequer sobre o caso concreto. Pautou-se o pronunciamento, exclusivamente, na gravidade, em abstrato, da imputação, na necessidade de resguardo da credibilidade do Poder Judiciário e no clamor público, revelando-se na contramão da jurisprudência deste Tribunal. (STF. Habeas Corpus n. 117.885, Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 27/10/2015).

Apesar de se encontrar no voto a citação do clamor público, observa-se no último parágrafo a expressão “credibilidade do poder judiciário”, anteriormente criticada pelo autor Aury Lopes, crítica essa bem segura e construtiva, tendo em vista que desse referido voto

podemos extrair tão somente a preocupação que o julgador tem em manter firme a imagem do judiciário e que provavelmente não foi feita uma análise à fundo do caso para verificar se realmente era possível persistir os fundamentos da medida cautelar.

Esses precedentes vindos até então da maior Corte judicial do país permitem uma abertura para que as demais instâncias inferiores apliquem o mesmo motivo, ocasionando de forma direta e inquestionável a pena do agente, que até então, durante a fase processual e antes do trânsito em julgado deve ser considerado inocente, logo, esse cerceamento antecipado de forma cautelar seria a iniciação da pena em definitivo, o que desconsidera e põe em questão a verdadeira função da medida cautelar.

Quanto à ordem pública e a gravidade do delito, temos que essa questão será precedida da forma de agir do agente e de sua condição subjetiva, é construída a partir do *modus operandi* e elementos próprios do crime. Renato Brasileiro Lima (2020) leciona que esse elemento de gravidade do delito corresponde aos elementos próprios da tipologia e circunstâncias do crime e ademais, assevera que estes não são suficientes de firmar a prisão preventiva.

Nestór Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017) argumentam que a gravidade do delito, pelo fato de representar somente o modo de análise da proporcionalidade e adequação da medida, não pode ser aplicado de forma isolada quando se tratar de uma medida preventiva.

Apesar desses posicionamentos encontramos na jurisprudência exemplos no qual tão somente a gravidade do delito sobreveio a preventiva. Veja-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - PRISÃO PREVENTIVA - REVOGAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - GRAVIDADE DO DELITO. Impõe-se a manutenção da prisão do paciente para garantia da ordem pública, levando-se em consideração a gravidade do delito e as circunstâncias fáticas. Ademais, condições pessoais, por si sós, não autorizam a concessão da liberdade provisória. (TJ-MG - HC: 10000190098814000 MG, Relator: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 12/03/2019, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/03/2019).

Todavia, esses requisitos da ordem pública não mantêm uma singularidade no entendimento jurisprudencial, tendo em vista que há desencontro com tese já firmada pela Suprema Corte à base dos Habeas Corpus de nº 135.250. Destaca-se adiante:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e

objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP). 2. Hipótese em que o juízo de origem lastreou sua decisão tão somente na gravidade em abstrato do delito, circunstância categoricamente rechaçada pela jurisprudência da Suprema Corte. 3. A pequena quantidade da droga apreendida torna desproporcional a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 4. Motivação que extrapola o conteúdo do decreto prisional não se presta a suprir a carência de fundamentação nele detectada. 5. Habeas corpus concedido. (STF, Habeas Corpus n. 135.250, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016).

Nota-se então que a aplicação única da gravidade abstrata do delito na prisão preventiva não é o fundamento eficaz para mantê-la. Apesar das divergências quanto à sua utilização de forma única, quando verificada juntamente à gravidade concreta que advém do modo de operação e das demais circunstâncias do delito, tais como, a periculosidade, a repercussão social e indícios de autoria e materialidade, o entendimento torna-se outro e todos esses fatores juntos tendem a validar a prisão preventiva.

A *ordem pública e a periculosidade do agente* representa a probabilidade de reiteração das condutas delitivas em razão do possível perfil instável do acusado. Sendo assim, Nucci (2020, pág. 998) apresenta que:

Outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade (probabilidade de tornar a cometer delitos) demonstrada pelo indiciado ou réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime. Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta, por exemplo, péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime.

Quando se encontra um delito grave que sobreveio de uma ameaça a pessoa e praticado pelo agente que não apresente bons antecedentes ou ainda mais, é reincidente, é perfeitamente entendível o presente argumento. Em contrapartida, quando a situação descreve um acusado primário e sem antecedentes, é viável utilizar de forma única o argumento da periculosidade? Não seria aqui, cabível as medidas cautelares diversas da prisão?

Em relação aos questionamentos adentramos na linha de raciocínio que essa medida não deve ser aplicada de forma exclusiva quando se enfrenta a segunda opção. A periculosidade do agente impõe-se quando houver indícios cabíveis de que o acusado, caso permaneça em liberdade, volte a delinquir.

Odone Sanguiné (2014) reitera a importância da análise juntamente com o princípio da presunção de inocência, assim como já exposto no presente artigo em tópico anterior. O autor

reflete que essa repercussão quanto à periculosidade pode definir uma antecipação da pena. Em outras palavras dispõe, Sanguiné (2014, pág. 356):

Por isso, a doutrina predominante considera que o risco de “reiteração delitiva” constitui uma finalidade preventiva especial exclusiva da pena ou da medida de segurança incompatível com a presunção de inocência, representando, portanto, um corpo estranho no sistema dos pressupostos da prisão cautelar, que nada tem que ver com o asseguramento do processo ou a possibilidade de executar a pena, convertendo-se em uma medida de internamento preventivo ou de segurança. Trata-se de uma dupla presunção contra o imputado: por um lado, a presunção de haver cometido um delito fundada na suspeita, portanto, presunção de “culpabilidade” (pena antecipada) in itinere, sem sentença de mérito; por outro lado, presume-se a perigosidade do imputado (medida de segurança antecipada) por meio de juízos de prognóstico que albergam elevadas margens de erro e incerteza.

Nesse liame, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já definiu entendimento quanto à aplicabilidade da periculosidade do agente na prisão preventiva como uma fundamentação moralmente adequada. À vista do Habeas Corpus de nº 181.747:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONDIÇÃO DE FORAGIDO. JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que a periculosidade do agente constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva. Precedentes. 2. “A condição de foragido do distrito da culpa reforça a necessidade da custódia para se garantir a aplicação da lei penal” (RHC 118.011, Rel. Min. Dias Toffoli). 3. Agravo regimental desprovido. (STF, Habeas Corpus n. 181.747, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020).

Dada as pontuações, encontramos nesse requisito uma abertura à discricionariedade do caso, tendo em vista que a depender das circunstâncias do caso e o perfil do agente, é viável aplicar a prisão preventiva. Entretanto, quando utilizada somente em forma de repressão à conduta sem analisar os demais objetos, viola a presunção de inocência. Tecnicamente, Nucci (2020) afirma que a periculosidade do agente é apurada pela consideração feita na maneira de execução do crime e nos antecedentes criminais, fora a esses extremos, é coerente que prevaleça a possibilidade de o agente ser inocente até que se sentencie ao contrário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a todo o exposto, o presente artigo teve como principal foco entender a importância dos direitos e garantias fundamentais para a organização de um Estado, por razões que o enredo desse estudo, qual seja, a limitação da liberdade em razão de medida preventiva, pode desencontrar com um dos principais direitos fundamentais ao homem. Desse capítulo, podemos concluir que quando houver um conflito entre o cárcere e a liberdade, preserva-se pelo direito de ir e vir, por razões de sua inquestionável importância à luz dos direitos humanos e da Constituição Federal.

Assegurando ademais um estudo das medidas cautelares presentes em no ordenamento jurídico além da prisão preventiva e sobre o direito de ir e vir, fora possível compreender que o Estado quando insurge com o dever de punir deve equilibrar as decisões além do escrito na lei, se fazendo necessário, portanto, averiguar o contexto doutrinário e jurisprudencial do país.

Desse modo, quando temos uma situação que emerge à prisão preventiva, observou-se que seus pressupostos não podem ser instruídos de forma única em uma decisão, sendo adequado que na fundamentação estejam presentes não só a “ordem pública” em si, como também, a certeza da autoria e materialidade e a inquestionável periculosidade do agente, sob o risco de ilegalidade da prisão.

A presença desses institutos se faz imprescindível pela presunção de inocência no contexto do processo penal que deve ser respeitada até que se defina a sentença final, caso contrário, o agente durante toda a instrução processual não pode e nem deve ser inibido de sua liberdade por contextos de mera repercussão social ou de uma provável reincidência.

Fora possível compreender que o instituto da prisão preventiva por mais que vivencie banalizações no âmbito jurídico, precisa ser decretado quando a situação apresentar pressupostos reais de que o agente é de fato o autor do crime, ou então, que este se for solto pode reincidir. Os argumentos de ordem pública para fins de assegurar a segurança social, a periculosidade do agente ou as condutas reiteradas, quando aplicados de forma isolada, não são suficientes para manter a medida cautelar, tampouco quando subsistem e resta somente a abrangência argumentativa da ordem pública que não escapa das críticas no meio doutrinário.

As decisões judiciais necessitam ser fundamentadas no contexto real dos fatos. Sucumbir uma pessoa à uma prisão – mesmo que de caráter temporário – sem a apresentação de fundamentos dignos, representa não só uma ilegalidade, como também, uma antecipação da pena por parte do Estado que por muitas vezes, utiliza desse instituto unicamente na intenção de punir o agente sem mesmo que este tenha enfrentado o processo penal até seu fim.

REFERÊNCIAS

AVENA, NORBERTO. Processo Penal Esquematizado. 6ª ed. São Paulo. Método, 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, Acesso em 13 de outubro de 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em 10 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Acesso em 17 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em 17 de outubro de 2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 25ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

CHEVALIER, Jean Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydia Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998. p. 139.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8ª ed. Volume Único. Salvador. JusPodvim, 2020.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 16ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares 5ª ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2017.

MAGALHÃES, Adriane Cristine Cabral. Prisão Cautelar. 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/prisao-cautelar/>. Acesso em: 09 de outubro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Luis. A aplicabilidade do conceito de ordem pública para a decretação da prisão preventiva. Centro Universitário Toledo. Dissertação, 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Júnior. GONÇALVES RIOS, Victor Eduardo. Direito Processual Penal Esquematizado. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. Revista de estudos criminais. Porto Alegre, 2003.

SANGUINÉ, Odone. Prisões cautelares, medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

SILVA, José Afonso da. A LIBERDADE NO MUNDO CONTEMPORÂNEO. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 8, p. 99-111, 23 ago. 2016. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/liberdadeJose.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

STF. Habeas Corpus n 117.885, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015.

STF. Habeas Corpus n 181.747, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020.

STF. Habeas Corpus n. 135.250, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12. ed. Salvador. JusPodivm, 2017.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus n 98.814, Rel Denise Pinho da Costa Val, 6ª Câmara Criminal, julgado em 12 de março de 2019.