

A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

THE VULGARIZATION OF THE PREVENTIVE ARREST TO GUARANTEE THE PUBLIC ORDER

FELIPE LAZZARI DA SILVEIRA*

RESUMO

O presente artigo propõe uma análise crítica do fundamento da garantia da ordem pública, buscando identificar sua possível relação com a continuidade do uso indiscriminado da prisão preventiva após o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 e os fins a que tem servido na realidade seletiva do sistema penal. Para cumprir tal objetivo, relacionaremos alguns conceitos referentes às medidas cautelares penais, também analisando os princípios norteadores do processo penal, alguns aspectos criminológicos ligados ao tema e os dados referentes ao encarceramento provisório no Brasil, visando oferecer referências epistemológicas que contribuam para o desenvolvimento do tema. Destarte, concluiu-se pela inconstitucionalidade do fundamento, uma vez que afronta diretamente os princípios constitucionais da presunção de inocência e de legalidade, contribuindo sobremaneira para a utilização indiscriminada da prisão preventiva e, conseqüentemente, para a ocorrência de violações de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Preventiva. Ordem Pública. Direitos Humanos. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article proposes a critical analysis of the foundation of public order guarantee in order to identify its possible relation to the continuity of the indiscriminate use of preventive detention after the enactment of Law No. 12,403 / 11 and the purposes for which has served the selective reality system criminal. To fulfill this objective, list some concepts related to criminal precautionary measures, also analyzing the guiding principles of criminal procedure, some criminological aspects related to the subject and the data relating to provisional imprisonment in Brazil to offer epistemological references that contribute to the theme of development. We concluded the unconstitutionality of the plea, as it directly infringes the constitutional principles of presumption of innocence and legality, greatly contributing to the indiscriminate use of preventive detention and, consequently, for the occurrence of human rights violations.

KEYWORDS: Preventive Detention. Public Order. Human Rights. Unconstitutionality.

* Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS . Professor do Curso de Especialização de Direito Penal e Direito Processual Penal da UNIRITTER. Especialista em em Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal pela UCLM.
Email: felipe_lsilveira@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Catena sustentou que a constrição cautelar da liberdade representa a mais grave intervenção que o poder estatal pode exercer sobre a liberdade de um indivíduo, uma vez que a medida enseja a privação total do seu direito fundamental de ir e vir, antes mesmo da prolação de uma sentença condenatória. Na concepção do autor espanhol, pelo mal que causa, o encarceramento de uma pessoa inocente deve ocorrer somente em casos de extrema necessidade, quando não existirem mecanismos menos radicais para assegurar o deslinde do processo e a prolação da sentença e, não pode se estender por tempo demasiado ou servir como antecipação da pena¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão preventiva é uma medida cautelar que poderá ser decretada durante a investigação policial ou no curso do processo penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus comissi delicti*), bem como restar devidamente demonstrado nos autos que o imputado poderá prejudicar a instrução do processo, frustrar a aplicação da lei penal ou ameaçar a ordem pública (*periculum libertatis*).

No ponto que interessa ao presente artigo, é imperioso destacar que o Artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP)², alterado pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, manteve a prisão preventiva para assegurar a ordem pública, fundamento que recebe críticas contundentes, uma vez que grande parte da doutrina o considera incompatível com o caráter instrumental das medidas e com o princípio da estrita legalidade, tendo em vista que seu conteúdo semântico é indefinido, obscuro, subjetivo e amplo.

1 CATENA, Victor Moreno. La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas. Lección. 17. In: SENDRA, Gimeno Vicente; CATENA Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés (Org.). *Lecciones de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2003. p. 290-291.

2 Artigo 312 do Código de Processo Penal: “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”.

A adoção de um novo regime de medidas cautelares foi muito importante para adaptar o processo penal brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, já que disponibilizou aos magistrados inúmeras alternativas menos gravosas do que a prisão preventiva. Contudo, mesmo que a Lei nº 12.403/11 tenha colocado definitivamente a prisão preventiva na condição de *ultima ratio* do sistema, objetivando reduzir sua utilização indiscriminada e amenizar o problema da superlotação do aparelho prisional brasileiro, a realidade não restou alterada.

Em um regime democrático, a banalização da prisão preventiva é um problema grave que demonstra uma realidade onde os direitos fundamentais dos indivíduos são preteridos em nome de uma pretensa defesa social, o que nos remete a uma leitura do processo criminal típica dos regimes autoritários. Aqui, é importante lembrar Cordero, que definiu a lei processual penal e o modo de aplicá-la como um dos fenômenos mais importantes no contexto democrático, tendo em vista que demonstram o grau de civilidade de um povo e as vantagens de se viver em um Estado Democrático de Direito de Direito³.

Partindo do pressuposto de que o termo “ordem pública” é extremamente vago e depende da valoração axiológica, característica que possibilita ao juiz uma imensa margem de interpretação no momento de tomar a decisão, conforme podemos constatar nos casos onde a medida é decretada para fins que não se destinam a acautelar o processo (garantir a paz social, assegurar a credibilidade das instituições, devido à periculosidade do réu, responder ao clamor público e, etc.), bem como que o instituto da prisão preventiva adere à lógica seletiva do sistema penal, o presente artigo tem como objetivo identificar em que medida o fundamento da garantia da ordem pública, mantido na Nova Lei de Medidas Cautelares, possui relação com a banalização da prisão preventiva, sobretudo, nos casos envolvendo os indivíduos pertencentes aos estratos economicamente menos privilegiados da população.

Para tanto, respeitando os limites estruturais impostos pelo formato do presente texto científico, traçaremos uma análise da prisão

3 CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 2012. p. 17.

preventiva após a vigência da Lei nº 12.403/11 e da problemática que envolve o fundamento da garantia da ordem pública, também cotejando algumas questões de cunho criminológico, principalmente sobre o caráter seletivo do sistema penal.

1. A LEI Nº 12.403/11 E O NOVO REGIME DAS MEDIDAS CAUTELARES: A PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL

A Lei nº 12.403/11 alterou drasticamente o sistema das prisões cautelares. Como principais modificações, podemos destacar a perda da autonomia da prisão em flagrante e a adoção de um novo regime em relação à prisão preventiva que, após a vigência da referida lei, teve sua decretação condicionada à observância de inúmeros fatores, sendo colocada definitivamente na posição de última medida cautelar a ser aplicada nos feitos criminais. O texto legal dispõe claramente que a prisão preventiva somente será adotada nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrem insuficientes⁴, procedimento que deverá ser aplicado inclusive nos casos que envolvam a prática de crimes hediondos⁵.

Após a reforma, a prisão se tornou a última medida cautelar à disposição dos magistrados, não apenas sob o argumento utilizado anteriormente, fundamentado na leitura constitucional do processo penal a partir do Princípio da Presunção de Inocência, mas devido às próprias regras do Código de Processo Penal (CPP). Conforme o texto do Artigo 282, a aplicação das medidas cautelares, incluindo a prisão preventiva, deverá sempre respeitar as necessidades de cada situação, bem como estar destinada a assegurar a instrução processual, a aplicação da lei penal ou a evitar a reiteração criminosa.

4 Artigo 310, II da Lei 12.403/11: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] ou 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; [...]”.

5 CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 44.

Além disso, determina que as medidas sejam adequadas ao caso concreto, considerando a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do imputado⁶.

Após as inúmeras exigências para a sua aplicação, a determinação da prisão preventiva como *ultima ratio* restou definida pelo disposto no Parágrafo 6º do Inciso II, que preceitua: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (Art. 319).” Tal regra foi coerentemente seguida pelo Artigo 310, Inciso II, do CPP que, conforme já destacamos, determinou que a conversão da prisão para flagrante em prisão preventiva seja procedida somente quando as medidas descritas no rol do Artigo 319 do mesmo diploma legal se mostrarem inadequadas ou insuficientes para resguardar os interesses processuais.

A natureza cautelar da prisão preventiva não restou alterada após a alteração do CPP, pelo contrário, restou reforçada, considerando que a constrição, mais do que nunca, restou consagrada como uma medida de exceção, prevista somente para casos extremos, quando não existam outras formas de assegurar o trâmite e a conclusão do feito criminal em hipótese, podendo servir a outros fins, sobretudo como uma antecipação da pena⁷.

Neste sentido, Giacomolli explicou que:

Com a Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva deixou de ser a medida cautelar pessoal por excelência, bem como a regra em termos de medidas constritivas criminais. Situa-se, como já afirmado, na *ultima ratio* do sistema cautelar criminal. Além disso, sua função é eminentemente processual e não de antecipação de pena, ou seja, destina-se a tutelar o processo (fuga do suspeito ou do imputado;

6 Artigo 282, I e II da Lei 12.403/11: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. [...]”

7 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais – comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

assegurar a presença no processo; garantir a incidência da *potestate* punitiva, em caso de eventual condenação; assegurar o normal desenvolvimento da atividade das partes e dos sujeitos processuais – depoimento de vítimas, testemunhas, peritos, por exemplo)⁸.

A utilização da prisão preventiva apenas em casos de extrema necessidade é sinal de respeito aos direitos fundamentais, uma vez que a intervenção estatal na esfera dos direitos individuais deve ser mínima, restando justificada somente nos casos em que exista realmente o risco de que o imputado possa interferir ilícitamente na persecução (ameaçando testemunhas, subornando agentes estatais, destruindo documentos e etc.) ou se ausentar da aplicação da Lei Penal. Tecnicamente, a prisão preventiva tem como função garantir a efetividade do poder público que restará materializada pela sentença e seu devido cumprimento após a conclusão do processo.

Ocorre que, no caso brasileiro, mesmo após a promulgação de uma lei que dispõe claramente que a prisão preventiva é uma medida excepcional, colocando uma série de obstáculos para o seu uso abusivo, a medida segue utilizada de forma banalizada, o que pode ser considerado reflexo da cultura do direito penal máximo presente em nossa sociedade. Uma visão distorcida do fenômeno criminal que desconsidera não apenas a violência, mas também a tendência seletiva do aparato repressivo estatal que, diante da impossibilidade de apurar todos os delitos, opta pelos de mais fácil contenção e elucidação, normalmente as condutas praticadas pelos indivíduos pertencentes aos estratos mais vulneráveis da população⁹.

Na concepção de Pacelli e Costa, considerando que a Lei nº 12.403/11 forneceu subsídios para a utilização adequada da prisão preventiva, a continuidade do uso equivocado e banalizado da medida é resultado de uma mentalidade ainda atrelada à legislação produzida em períodos autoritários e em contextos históricos onde a antecipação de culpa era vista com naturalidade nos procedimentos

8 GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 67.

9 PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85-86.

criminais¹⁰. Ao nosso juízo, o diagnóstico feito pelo autor é acertado, tendo em vista que, após o último período ditatorial, não foram adotadas medidas referentes à Justiça de Transição em nível suficiente para neutralizar o legado deixado pelos diversos períodos autoritários anteriores, realidade que certamente contribuiu para a permanência de uma mentalidade autoritária que muitas vezes, ainda pode ser constatada em nossa sociedade, principalmente no âmbito da justiça criminal.

Diante da sua natureza cautelar, a segregação provisória tem como principais características a excepcionalidade, a instrumentalidade, a idoneidade e a proporcionalidade¹¹. No ponto que interessa ao presente trabalho, é de suma importância referir que a excepcionalidade é uma condição vinculada à presunção de inocência, o que, por questão de lógica, faz com que a prisão preventiva seja autorizada somente nos casos mais graves, tendo em vista a radical restrição de direitos e sofrimento que causa ao imputado¹².

É inadmissível que o indivíduo que figura como réu em um processo criminal seja tratado como condenado, já que sequer existe uma sentença condenatória, o que demonstra que a prisão preventiva sempre recairá sobre um inocente, status que inclusive poderá ser confirmado após o procedimento através de uma sentença absolutória. Assim, para que haja uma mínima compatibilidade entre a medida e o respeito aos direitos fundamentais, a constrição deverá restar restrita aos casos excepcionais, quando a necessidade restar devidamente comprovada.

Neste diapasão, Mendez explica que:

La presunción de inocencia aboga por el carácter excepcional de la medida, en relación com el único objetivo posible de la prisión provisional: asegurar la presencia del imputado en el proceso

10 PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 86.

11 ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 167.

12 LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

*penal en relación con la ejecución. Ninguna outra finalidad es esgrimible como justificación de la medida. [...] Ni siquiera una mayor comodidad en la investigación sumarial, justifica echar mano de la medida. La cautela debe ser siempre razonable y no gratuita. Incluso, es exigible una revisión continua de sus presupuestos em orden a los objetivos de la medida*¹³.

É possível afirmar que as cautelares penais existem para garantir o pleno deslinde do processo criminal e assegurar a sentença, sendo que, quando forem utilizadas, deverão estar sempre conectadas a ideia de proteção ao imputado através do respeito aos seus direitos e garantias fundamentais¹⁴. A compreensão do caráter instrumental das medidas cautelares possui importância fundamental no processo penal, considerando que nenhuma delas possui um fim em si mesma, pois, em sentido amplo, são dispositivos que servem apenas para assegurar a sentença através da proteção dos interesses processuais durante a persecução, quando houver risco real de que o acusado possa destruir provas ou se evadir da aplicação da sentença¹⁵, sendo oportuno mencionar que a prisão preventiva deverá ser substituída sempre que outras medidas menos severas se mostrarem suficientes para acautelar o processo¹⁶.

Paralelamente a análise da teoria das cautelares, faz-se necessário observar a prisão preventiva sob um viés crítico, atentando para algumas funções latentes que são exercidas independentemente da proteção objetivada pelas leis e tratados internacionais. Neste sentido, Ferrajoli alertou para o fato de que a prisão preventiva configura uma pena processual, que parece ter caráter preventivo e retributivo, na medida em que primeiro, o imputado é castigado com o seu encarceramento para somente

13 MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2000. p. 191.

14 FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer, 2012. p. 12.

15 FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer, 2012. p. 159.

16 FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer, 2012. p. 183.

após ser processado. Em sua crítica, o autor ironizou ao referir que se fosse verdade que a constrição cautelar não tem caráter punitivo, os presos provisórios deveriam cumprir tal medida em instituições especiais e não em lugares idênticos ou piores do que os ocupados pelos presos condenados¹⁷.

Conforme veremos no último tópico do presente artigo, a situação da prisão preventiva no Brasil é extremamente grave. Isto porque além da já mencionada mentalidade autoritária ainda presente na sociedade brasileira, a prisão preventiva se encontra inserida na dinâmica da urgência característica da sociedade contemporânea, muitas vezes sendo utilizada para iludir a opinião pública cada vez mais sedenta por segurança. E ainda, a imagem da prisão imediata do suspeito, muitas vezes algemado e levado ao cárcere sob o foco das câmeras dos programas de televisão sensacionalistas, provoca uma falsa sensação de justiça instantânea, proporcionando a construção de uma imagem equivocada do sistema repressivo no imaginário social, realidade que contribui sobremaneira para o desvirtuamento e aplicação inadequados da prisão preventiva que, ao invés de ser utilizada como *ultima ratio*, se torna regra.

Após o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que estabeleceu inúmeras regras visando diminuir o uso da medida cautelar mais grave, restou demonstrado que o problema da banalização da constrição cautelar no Brasil não é legislativo, mas cultural, uma vez que a prisão preventiva segue sendo utilizada indiscriminadamente¹⁸.

A teoria demonstra que nenhuma medida cautelar tem como função “fazer justiça”, já que a função essencial das cautelares penais é garantir a plena tramitação do processo de conhecimento. Assim, concluímos no sentido de que a prisão preventiva somente estará de acordo com os direitos e garantias constitucionais quando estiver sendo utilizada em nome dos seus verdadeiros fins e em casos de

17 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madrid. Trotta, 1997. p. 776-777.

18 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44.

comprovada necessidade¹⁹, jamais podendo ser destinada a outros objetivos ou utilizada como regra, sob pena de ilegalidade.

2. REFLEXÕES SOBRE O (PROBLEMÁTICO) FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Por restringir direitos fundamentais, sobretudo o direito à liberdade, a decretação da prisão preventiva será devidamente justificada e fundamentada somente quando forem observados os inúmeros pressupostos e requisitos que, na verdade, servem como obstáculos impostos pela lei para evitar a sua utilização de forma abusiva. De acordo com Giacomolli, a decretação da medida extrema deve respeitar alguns pressupostos que, antes da análise do objeto, funcionam com condicionantes preliminares. Neste sentido, seriam pressupostos da constrição cautelar da liberdade: a) a prática de crime doloso; b) que o delito cometido seja punido com pena de prisão superior a 4 anos; c) a ausência de cominação de multa; d) o afastamento da liberdade provisória e; e) a insuficiência de outras medidas cautelares menos gravosas²⁰.

Posteriormente, faz-se indispensável a averiguação das condições da exigência do decreto de prisão preventiva, ou seja, dos requisitos autorizadores da medida. Aqui, para que não haja confusão, é preciso desconsiderar os requisitos das medidas cautelares do processo civil (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), visto que, no caso das cautelares criminais, não se perquire a “fumaça do bom direito” ou o “perigo da demora do provimento final”. No caso da matéria penal, o uso das cautelares deve atentar para a presença do *fumus comicti*, consistente na materialidade do delito e para os indícios suficientes de autoria e do *periculum libertatis*, representado no perigo que a liberdade do autor do fato representa ao processo e à aplicação da lei penal, sendo oportuno

19 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

20 GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 67-68.

referir que o último é considerado pela doutrina majoritária como sendo o verdadeiro fundamento da prisão preventiva²¹.

Além dos pressupostos e requisitos, a decretação da prisão preventiva também deve respeitar o Princípio da Presunção de Inocência, assim como outros princípios que também norteiam as medidas cautelares. Dentre eles, Lopes Jr. destaca os princípios da *Jurisdicionalidade*, que determina que a prisão preventiva somente pode ser decretada através do juiz natural competente; da *Provisionalidade*, que indica que a prisão preventiva é situacional, na medida em que tutela uma situação fática que, ao desaparecer, deve ensejar a libertação do imputado; da *Provisoriedade*, que estabelece que a prisão deve ser temporária e de curta duração; da *Excepcionalidade*, que demonstra que a prisão preventiva é a *ultima ratio* do sistema e; da *Proporcionalidade*, que institui a comparação entre a gravidade da constrição com a finalidade pretendida²².

Por estarmos tratando do fundamento da garantida da ordem pública, direcionaremos nosso foco ao requisito do *periculum libertatis*, que, assim como o *fumus comissi delicti*, também encontra previsão no Artigo 312 do Código de Processo Penal, mais precisamente no ponto em que autoriza a decretação da constrição nos casos em que a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução, ou a aplicação da lei penal estejam ameaçadas. Conforme Prado explicou, o *periculum libertatis* deverá ser sopesado somente após a constatação de que os indícios de existência do crime e de autoria são suficientes, momento em que deverão ser avaliados os riscos concretos que a liberdade do imputado representa para o processo²³.

21 GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 71.

22 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. II. p. 98-99.

23 PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 117.

O fundamento da garantia da ordem pública é o que recebe críticas mais contundentes por parte da doutrina, uma vez que o termo “ordem pública” é considerado ambíguo, frágil e carente de sentido, servindo mais como um recurso retórico do legislador. Conforme Câmara sustentou, devido a sua amplitude conceitual, o fundamento da garantia da ordem pública chega a abarcar os demais requisitos contidos no Artigo 312 do CPP, pois, mesmo que indiretamente, os mesmos também visam assegurar a ordem no seio social. Na verdade, o fundamento da ordem pública é extremamente perigoso para a liberdade dos indivíduos, considerando que seu caráter demasiadamente genérico deixa ao julgador uma margem exagerada de interpretação, o que muitas vezes torna ineficaz a proteção dos indivíduos contras os abusos de poder por parte do Estado, representado na figura do juiz²⁴.

O termo “ordem pública” é uma expressão vaga, adaptável aos momentos históricos e aos mais diversos tipos de interesses, já que se limita a fornecer apenas um molde conceitual lacunoso que pode ser preenchido por argumentos estranhos a natureza das medidas cautelares, conforme podemos observar nos casos onde a prisão preventiva é fundamentada no “clamor social” para assegurar a “credibilidade das instituições” e para amenizar “sensação de insegurança” manifestada pela opinião pública, dentre outros.

Na verdade, parte da doutrina e da jurisprudência construíram equivocadamente quatro tópicos principais que servem de base para a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, todos eles despidos de fins cautelares, já que não servem para acautelar o processo, conforme podemos observar nos casos em que são alegados o clamor público, a gravidade do fato, a probabilidade de reiteração e a periculosidade do acusado, sendo oportuno registrar que todos esses “pseudofundamentos” desrespeitam o Princípio da Presunção de Inocência, o qual deveria servir como balizador no uso da prisão preventiva²⁵.

24 CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais. Prisão e liberdade provisória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 130-131.

25 CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais. Prisão e liberdade provisória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 132-133.

Na concepção de Lopes Jr., a manutenção dos termos ordem pública e ordem econômica, na Lei nº 12.403/11, pode ser considerada como um retrocesso em relação ao que foi proposto originalmente no Projeto de Lei nº 4208/2001, que tinha uma redação mais adequada e não incluía categorias despidas de sentido. Em relação ao fundamento do *periculum libertatis*, o doutrinador sustenta que este será admitido somente quando apoiado em situações fáticas que demonstrem cabalmente a necessidade de aplicação da medida, caso contrário, a constrição não deverá ser decretada. Para o autor, o grande problema é que conceitos vagos e imprecisos, como o da ordem pública, representam demasiado perigo na medida em que possam ser conceitualmente manipulados, já que ninguém sabe ao certo o que realmente significam.

É por isto que, no caso da ordem pública, é comum a confusão envolvendo o uso da expressão erroneamente vinculada a outras, como clamor público, abalo social, intranquilidade social e etc. Isto quando não são feitas alusões à brutalidade do delito ou a credibilidade das instituições de segurança pública para fundamentar a segregação preventiva, sendo que em algumas situações, conforme podemos constatar, o argumento é visivelmente usado para reafirmar a crença no aparelho estatal repressor²⁶.

Segundo Rosa, o Artigo 312 do CPP possui uma espécie de “anemia semântica”, pois, basta que o operador tenha certo conhecimento sobre a estrutura linguística para que possa construir uma argumentação artificial relacionada ao fundamento da garantia da ordem pública, cuja falsificação se torna praticamente inverificável e quase impossível de ser refutada após a concretização da prisão²⁷. Como exemplo, podemos comparar o que ocorre em relação à prisão preventiva decretada com base no risco de coação de testemunhas e a decretada sob um argumento vago relacionado ao suposto risco que determinado indivíduo estaria causando a ordem pública.

26 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 69-70.

27 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139.

No primeiro exemplo, evidentemente, a situação que motivou a cautelar pode desaparecer, já que depois de ouvidas as testemunhas, logicamente, cessam os riscos que ensejaram a medida, enquanto que no segundo, o “fundamento” jamais desaparecerá, uma vez que nenhum evento ocorrido no curso do processo poderá fazer cessar os alegados riscos à ordem pública. Ora, se a prisão do imputado foi decretada diante da sua periculosidade, evidentemente, este argumento não desaparecerá no curso do procedimento. Nestes casos, como a prática forense demonstra, a prisão preventiva é normalmente mantida até a conclusão do processo, o que configura claramente uma antecipação da pena, ou seja, uma prisão ilegal.

Diante de tais características, Choukr sustenta ser extremamente difícil adequar o fundamento da garantia da ordem pública com a presunção de inocência prevista constitucionalmente. O autor ressaltou que:

Dentre os fundamentos existentes na redação do CPP, o mais problemático é, sem dúvida, a cláusula “ordem pública”, tema sobre o qual discorreremos pela primeira vez há quase vinte anos e cuja atualidade das considerações àquela época efetuadas nos autoriza a recordar o quanto foi afirmado, cuja proposta era procurar, dentro do exercício jurisprudencial, um conceito para a expressão “ordem pública” contida no art. 312 do Código de Processo Penal, como fundamentação do decreto de prisão preventiva ou denegação do pedido de liberdade provisória, ressaltando desde o primeiro momento que a fórmula de “garantia da ordem pública” dificilmente se coaduna com o texto constitucional em curso, sobretudo no cotejo com o princípio da presunção de inocência²⁸.

Parte da doutrina entende que o fundamento da garantia da ordem pública, assim como a da ordem econômica, são inconstitucionais, na medida em que podem servir a fins estranhos ao processo. Segundo Prado, a inconstitucionalidade ocorre pelo fato de que tais expressões possuem conteúdo indeterminado, o que é vedado em matéria de restrição de liberdade por afrontar o Princípio da Legalidade, considerando que não permitem delimitar com

28 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*: Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Forense, 2011. p. 79-80.

precisão o que é permitido ou proibido. Assim, diante da pobreza das referências formais, que no processo criminal possibilitam a materialização das garantias, a utilização destes termos imprecisos representa um grave problema, pois permite que os magistrados escolham livremente os argumentos para justificarem as prisões de acordo com a sua ideologia, independentemente da necessidade da medida²⁹.

Conforme Hassemer alertou, a prisão preventiva não pode perseguir objetivos do direito penal material com fins de prevenção geral ou especial, já que é uma medida de natureza cautelar³⁰. Desta forma, não importa se o magistrado possui uma ideologia mais ou menos conservadora em relação ao processo, pois, em sede de cautelares, medidas que naturalmente restringem direitos fundamentais, o disposto nos diplomas internacionais e nas leis deve ser sempre atendido.

No Estado Democrático de Direito, qualquer interpretação que restrinja de forma deliberada os direitos fundamentais constitucionalmente previstos é inválida, considerando que no contexto democrático, a hermenêutica deve buscar conferir eficácia na proteção dos direitos fundamentais, estando sempre vinculada a observância do Princípio da Presunção de Inocência, o que não ocorre no caso da ordem pública, já que este requisito, visivelmente, dá primazia à defesa social em detrimento dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Em suma, podemos afirmar que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública sequer possui natureza cautelar. Assim, é substancialmente inconstitucional, uma vez que consiste na utilização de uma medida processual para o cumprimento de atividade relacionada à segurança pública. A prisão preventiva decretada sob esse fundamento tem sua essência em desacordo

29 PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 138-143.

30 HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: AdHoc, 2003. p. 118-119.

com a função designada às cautelares no processo, ou seja, carece completamente de legitimidade, sendo que a banalização da aplicação da medida nestes moldes remonta ao que aconteceu no passado, mais precisamente nos Estados autoritários e totalitários do século XX³¹.

Como mencionamos anteriormente, muitas vezes, a fundamentação do decreto de prisão para a garantia da ordem pública se destina a garantir a “credibilidade das instituições”, o que configura uma distorção na utilização do instrumento, uma vez que as instituições públicas dificilmente poderão ser ameaçadas por um crime cometido por um civil, sendo que a prisão preventiva não é um meio adequado para este fim.

Para Lopes Jr., situações deste tipo são alarmantes, pois, o fato dos poderes públicos lançarem mão da prisão preventiva para assegurar sua legitimidade é um claro sinal de que a democracia se encontra comprometida, tendo em vista que situações deste tipo viabilizam o retorno de um estado policalesco incompatível com o regime democrático. Também merece crítica a fundamentação no risco de reiteração criminosa, cujos riscos necessitariam ser averiguados por um juiz vidente, já que depende de um diagnóstico baseado em adivinhações sobre o futuro, o que também não é admitido em sede de cautelares, sendo oportuno alertar para o fato de que todos estes fundamentos, de tão inadequados, impedem a plena refutação defensiva, maculando a ampla defesa, o que é inaceitável no sistema acusatório³².

Para Giacomolli, as situações constatadas na “*Law In Action*”, que evidenciam o uso inadequado da prisão preventiva, principalmente no que tange aos casos acima mencionados, ocorrem por força de decretos motivados de forma disfuncional, desvinculados do plano concreto, na medida em que são baseados em heresias tornando-se dogmas. Meros prognósticos e suposições são imprestáveis para justificar a prisão preventiva, considerando que a medida é vinculada a necessidade de cautela, sendo de suma

31 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.

32 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114-115.

importância registrar que a mera referência ao termo “ordem pública” é insuficiente para fundamentar a constrição³³.

Na concepção do autor, para fundamentar a prisão do imputado na garantia da ordem pública, é necessário que o decreto aponte os motivos de forma delimitada, restrita e individualizada, demonstrando de forma concreta porque o autor do delito interfere na ordem pública, não bastando meras conjecturas, já que, em tese, a prisão sob este argumento se justificaria apenas quando o acusado pudesse colocar em risco a organização estrutural de uma instituição ou do próprio estado de Direito³⁴, o que, conforme vimos anteriormente, é muito difícil de ocorrer no caso dos crimes comuns, que são a grande maioria dos delitos onde a prisão preventiva é utilizada de forma banalizada.

Concluimos no sentido de que a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública é uma modalidade de cautela absolutamente desconectada com a instrumentalidade inerente ao processo de natureza cautelar, uma vez que não possui relação com a proteção da investigação ou do processo em curso, tendo como verdadeira função a tutela contra possíveis atos de reiteração criminosa.

Lamentavelmente, após o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, as expressões ordem pública e ordem econômica continuaram sem explicação, mantendo uma realidade de subjetivismos e “achismos” em torno destes fundamentos que são utilizados para justificarem inúmeras prisões, as quais ocorrem por força de uma compreensão promíscua do processo, em que é permitido misturar culpa penal e cautelares. Isto indica que o legislador perdeu uma excelente oportunidade de retirar estes termos do texto legal, medida que poderia evitar inúmeras prisões desnecessárias, ou seja, ilegais, na medida em que as prisões determinadas deste modo afrontam direitos e garantias constitucionalmente previstos³⁵.

33 GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 77.

34 GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 77-78.

35 GARCIA, Débora Faria. *Novas regras da prisão e medidas cautelares. Comentários à*

3 O FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA E AS DISTORÇÕES NO USO DA PRISÃO PREVENTIVA: A BANALIZAÇÃO DA CONSTRICÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE E SEUS EFEITOS NEFASTOS

O caos enfrentado pelo sistema prisional brasileiro, dentre outros fatores, também é reflexo da banalização da prisão preventiva, um fenômeno consistente na utilização indiscriminada e inadequada (devido à inobservância da presença dos requisitos necessários) da medida. Esta realidade é ensejada pela atuação dos magistrados que, no exercício da jurisdição, ignoram os princípios norteadores do sistema processual acusatório, assumindo uma postura direcionada a defesa social em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos imputados. Neste ponto, é importante alertar que, devido à lógica seletiva do sistema penal, os abusos provocados pelo Estado em sede de cautelares recaem, principalmente, sobre os indivíduos pertencentes às camadas mais pobres da população.

O fato de que quase a metade das pessoas recolhidas nos estabelecimentos prisionais brasileiros está segregada cautelarmente, demonstra claramente a gravidade do quadro enfrentado pela prisão preventiva. Segundo o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, apresentado em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desconsiderando os indivíduos que se encontram segregados em prisão domiciliar, o número total de presos no país é de 567.655, sendo que 41% deste total estão recolhidos cautelarmente³⁶. Considerando esse quantum que beira o absurdo, a conclusão que podemos chegar é que a prisão preventiva, mesmo depois da vigência da Nova Lei de Medidas Cautelares, segue sendo utilizada de forma inadequada.

Neste sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que há muito tempo monitora a situação da

Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 46.

36 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.* Junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

população prisional na América, detectou que, no Brasil, a exemplo do que ocorre em outros países latino-americanos, os problemas relacionados à medida não podem ser considerados uma novidade, tendo em vista que a prisão preventiva sempre foi uma medida utilizada excessivamente, sendo responsável por inúmeros casos de violações dos direitos humanos³⁷.

Preocupada com a referida situação, a CIDH tem emitido inúmeras recomendações aos Estados, no sentido de que adotem as medidas necessárias para corrigirem o problema, seja elaborando leis que contemplem medidas cautelares menos gravosas ou fortalecendo os sistemas de justiça, sugerindo, inclusive, que os magistrados revisem periodicamente os decretos de prisão preventiva para que as segregações jamais extrapolem o prazo razoável, para que estejam sempre em conformidade com os padrões mundiais do direito³⁸.

Os dados referentes ao Brasil publicados em 2012 pela CIDH, comparados aos publicados pelo CNJ em 2014, revelam que a quantidade de prisões, incluindo as cautelares, segue elevada. Em 2012, o número total de indivíduos presos no país era de 549.577, sendo que, deste total, 191.024 (37,6%) eram presos provisórios³⁹. Em 2014, conforme vimos, o índice relacionado aos presos provisórios subiu para 41%, sendo que, se considerarmos os indivíduos que estão em prisão domiciliar, este índice cai para 32%⁴⁰, o que indica que não houve uma modificação significativa no panorama da prisão cautelar após o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

37 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. 2013. p. 14.

38 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. 2013. p. 17.

39 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. 2013. p. 21.

40 Segundo o CNJ, se considerarmos o número de pessoas presas em prisão domiciliar, o número total de presos no Brasil sobe para 715.592, mas os índices de recolhimento provisório cai para 32%. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

Segundo a CIDH, as principais causas da banalização da prisão preventiva são: a) a demora na prestação jurisdicional; b) a falta de capacidade operativa e técnica das polícias; c) a falta de acesso às defensorias públicas; d) ausência de previsão de outras medidas cautelares em alguns ordenamentos jurídicos, dentre outros⁴¹.

Aqui, é preciso destacar que a realidade verificada no Brasil demonstra um profundo descompasso com os ideais democráticos que impulsionaram nossa sociedade após a Ditadura e culminaram na elaboração da Constituição. É que qualquer tipo de ação voltada à defesa social em detrimento das liberdades públicas, seja no âmbito da segurança pública ou judicial, como ocorre no caso da prisão, remonta a concepção de política criminal típica dos regimes autoritários.

Nos regimes democráticos, esta lógica é inaceitável, uma vez que os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos devem sempre prevalecer sobre os demais interesses, devendo o status de liberdade ser a regra⁴². Contudo, no caso brasileiro, a democracia parece marcada pela adoção de medidas apoiadas no falso discurso de que uma intervenção mais severa do Estado permite o controle mais eficaz da criminalidade, o que pode ser constatado no uso banalizado da prisão preventiva.

Diante do cenário atual, constata-se então, que a prisão preventiva se vincula a mecânica do recrudescimento penal, aderindo inclusive ao processo seletivo de criminalização inerente ao sistema penal. Temos a obrigação de esclarecer que o referido processo se desenvolve em duas etapas: a primária e a secundária. A criminalização primária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”⁴³, ou seja, consiste na elaboração das leis criminais por

41 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. 2013. p. 34.

42 CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 57-58.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 43.

parte das agências políticas. A criminalização secundária, por outro lado, “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”⁴⁴, tarefa realizada pelos policiais, promotores, juízes e agentes penitenciários.

No trajeto da criminalização, após a primeira seleção realizada pelo legislador, as agências policiais serão as principais responsáveis por uma espécie de seleção dos indivíduos que serão criminalizados, tendo em vista que é impossível atender o programa de criminalização primária em relação a todos os delitos praticados. Assim, as ações operadas na fase de criminalização secundária, iniciadas pela polícia, serão seletivas, tendo em vista que somente uma parcela mínima dos delinquentes poderá ser investigada, processada e punida⁴⁵.

Dentro desta lógica, as agências de criminalização secundária, conseqüentemente, selecionarão os indivíduos rotulados como desviantes⁴⁶, estereótipo facilmente adequado aos indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade social, como as pessoas pobres, os mendigos, dependentes químicos e algumas minorias. Nas palavras de Zaffaroni:

*los estereótipos son prefiguraciones negativas (prejuicios) de determinada categoria de personas, que por apariencia o conducta se tienen por sospechosas. El portador de caracteres espereotipados corre mayor riesgo de selección criminalizante que las otras personas. Los estereótipos dominantes em la actualidad suelen ser hombres jóvenes y pobres, con cierto aspecto extremo y caracteres étnicos, o sea, com aspecto de delincuente cuya mera presencia los hace sospechosos*⁴⁷.

44 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

45 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 43-44.

46 Ver BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 21-22.

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 23.

A seletividade do sistema penal pode ser demonstrada pelo Relatório Estatístico – Analítico do Sistema Prisional no Brasil, publicado em dezembro 2012 pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. O relatório informa que a população carcerária, em nosso país, é composta por 548.003 pessoas, sendo que, deste total, 267.975 estão presas por crimes contra o patrimônio e 138.198 por tráfico de entorpecentes. Considerando que a quantidade de pessoas presas por crimes contra a administração pública, normalmente uma conduta praticada por indivíduos dos estratos economicamente mais privilegiados da população, perfaz o *quantum* de 1.479, resta claro que o sistema penal seleciona sua clientela nos setores mais vulneráveis da população⁴⁸.

Segundo Vasconcellos, o encarceramento foi historicamente utilizado sob diferentes formas de rigor e severidade, o que possibilitou que o Estado pudesse controlar os grupos sociais “inassimiláveis” ou “problemáticos” da população. Na concepção da socióloga, neste contexto, a prisão preventiva sempre foi um mecanismo utilizado para separar os indivíduos incapazes de consumir do restante da população (vista como as “pessoas de bem”), consistindo em uma medida populista destinada a responder as demandas por segurança e a propagar a falsa ideia de que a justiça está sendo feita. Vasconcellos constata ainda, que o aumento nos níveis de utilização da prisão preventiva como um mecanismo de controle social, é uma consequência direta do surgimento de novos e amplos setores sociais empobrecidos que passaram a ser vistos como uma ameaça à ordem social.

Deste modo, os problemas relacionados ao aumento da exclusão social deixaram de receber uma solução adequada, tendo em vista a preferência dos governos resolverem os conflitos ocorridos

48 BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatório Estatístico - Analítico do Sistema Prisional no Brasil - do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=ptbr¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9%2D4C68%2D4006%2D8B16%2D24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 11 out. 2013.

neste âmbito através de políticas e medidas policiais, ou seja, por meio da expulsão destes através do encarceramento, sobretudo o cautelar, tendo em vista que consiste no modo mais rápido de responder a ansiedade da população amedrontada⁴⁹.

Conforme a autora, por mais que o Estado tente legitimar suas ações no trato da criminalidade:

A seletividade do sistema de justiça penal é evidente, sendo desnecessário entrar de modo detalhado na discussão das razões pelas quais parte substancial dos indivíduos que cometem crimes permanecem impunes. Mesmo que a impunidade perpassasse por todos os setores sociais, costumam ser escolhidos pelo sistema geralmente pessoas de baixo poder aquisitivo e que vivem em localidades onde a pobreza e o descaso do Estado são evidentes, o que significa, claramente, que é a criminalização da pobreza o que ocorre e que a prisão perdeu (se é que algum dia teve) a função de reeducação, passando a ter um papel de segregação e defesa social⁵⁰.

Importantes trabalhos realizados nas últimas décadas demonstram a tendência seletiva na utilização da prisão preventiva. Ela Castilhos, que realizou uma pesquisa sobre o controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional, cujos resultados foram publicados em 2001, salientou em seu trabalho que a justiça criminal “tende a ser compreensiva para com os suspeitos que exibem uma imagem de conformidade com o direito”, destacando que a consequência natural desta forma de proceder é que “quanto maior foi o poder e o status do infrator, menor será a possibilidade de ele ser formalmente investigado pela Polícia”⁵¹.

Em outro trabalho sobre o mesmo tema publicado em 2002, a pesquisadora destacou mais uma vez o problema da seletividade,

49 VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 62-64.

50 VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 64-65.

51 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 140.

sustentando que o zelo demonstrado por advogados e juízes nos processos envolvendo réus acusados de crimes do colarinho branco, foi maior do que nos procedimentos que apuravam crimes comuns, cometidos por pessoas pobres⁵².

Em outra pesquisa sobre prisões cautelares realizada em 2007, Barreto evidenciou a seletividade na utilização das prisões cautelares, principalmente no que diz respeito à prisão preventiva, demonstrando que, entre os anos de 2004 e 2007, a grande maioria dos presos provisórios brasileiros era oriunda dos extratos econômicos menos privilegiados da população, alertando ainda para o fato de que a duração da prisão cautelar, nestes casos, normalmente ultrapassava o prazo razoável.

Os dados referentes à cidade de Recife demonstraram que os indivíduos que possuíam Ensino Fundamental permaneceram em média 140,9 dias presos, ao passo que os que cursaram o Ensino Médio ou Superior ficaram 43 dias segregados. Os dados analisados em Porto Alegre foram ainda mais contrastantes, considerando que a média de dias de prisão cautelar para os acusados de crime de furto que tinham baixo grau de instrução foi de 37,1, enquanto que para os indivíduos que haviam cometido a mesma conduta, mas que haviam concluído o Ensino Médio ou Superior, a média de tempo da segregação cautelar foi de 6,5 dias presos.

Outro dado importante extraído desta pesquisa reforça a alegação de que as pessoas pobres são mais expostas ao encarceramento, na medida em que o trabalho produzido por Barreto também demonstrou que os réus que constituíam um advogado particular deixavam o cárcere mais rápido dos que eram representados pela Defesa Pública⁵³.

No ponto que interessa ao presente trabalho, aqui é imprescindível alertar para o fato de que o fundamento da garantia

52 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (Org.). *Verso e reverso do controle penal – (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v. I. p. 68.

53 BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto*: da presunção de inocência à antecipação da pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 44.

da ordem pública não é perigoso apenas por ser um conceito vago, que pode ser manipulado para dar aspecto de legalidade à prisão de qualquer cidadão, mas, principalmente, porque se presta a ser utilizado em larga escala, tornando a prisão preventiva um instrumento de controle.

É o que vemos no caso dos crimes comuns, em sua grande maioria, cometidos por pessoas pobres, onde o fundamento é utilizado para decretar a prisão de cidadãos em milhares de processos, casos em que a prisão preventiva é utilizada de modo completamente inadequado, já que ao invés de cumprir fins estritamente processuais, é manejada como resposta às demandas da população amedrontada, ou seja, para encarcerar indivíduos vistos como inimigos, que no imaginário comum (e de muitos juízes) fazem parte de uma “massa criminososa” que ameaçam a ordem social.

Neste sentido, convém retomar a pesquisa de Vasconcellos, que utilizou como base dados oficiais sobre o sistema prisional do Rio Grande do Sul, disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), bem como uma extensa gama de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). No trabalho, a socióloga explicou detalhadamente o funcionamento dos grupos e câmaras criminais do TJ/RS, demonstrando claramente as ideologias e posicionamentos adotados nas decisões (defesa social ou garantismo penal).

Segundo Vasconcellos, a seletividade da prisão preventiva é evidente, na medida em que a análise dos acórdãos demonstrou que a maioria das prisões preventivas decretadas ou mantidas refere-se aos casos envolvendo acusados pobres, com pouco grau de instrução, residentes em bairros violentos e negligenciados pelo Estado, situação que também foi verificada em outras regiões do Brasil⁵⁴.

Por fim, merece destaque a pesquisa intitulada *Uso e Abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro: Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*, publicada em novembro de 2013 - um trabalho de grande importância, na medida em que demonstrou que mesmo

54 VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 222.

após a vigência da Lei que alterou o regime das medidas cautelares, colocando à disposição dos magistrados uma extensa gama de alternativas ao encarceramento, a prisão preventiva continuou a ser amplamente utilizada.

Segundo os dados apresentados na pesquisa, em 79% dos 4.859 casos analisados a partir da publicação da Nova Lei de Medidas Cautelares em 2011, a prisão preventiva continuou a ser a medida preferida, realidade que frustrou as expectativas em relação à redução do uso da constrição, que foi talvez o principal objetivo da reforma⁵⁵. Um dado extremamente relevante verificado na pesquisa aponta para o fato de que alguns dos magistrados entrevistados entendem que, em alguns casos, a revogação da prisão preventiva não é operada devido à dificuldade de se encontrar alguns imputados, já que não possuem endereço fixo, situação que atrasa demasiadamente a conclusão dos feitos. A situação relatada merece atenção, considerando que alguns indivíduos não estão sendo colocados em liberdade, mesmo tendo o direito, apenas para garantir que as “metas” estabelecidas pelo sistema de justiça criminal sejam cumpridas⁵⁶, situação que, no nosso juízo, beira ao absurdo.

Mesmo que a Nova Lei de Medidas Cautelares não tenha tido o êxito esperado em relação à diminuição da utilização da prisão preventiva, a pesquisa em questão constatou que nos casos menos graves, como a violação de direito autoral, falsificação de documentos, furto, receptação e estelionato, houve uma discreta redução no uso da prisão preventiva, porém, nos casos considerados mais graves, como nos crimes de roubo, homicídio e tráfico de drogas, mesmo diante da possibilidade dos acusados responderem o processo em liberdade, a prisão preventiva continuou sendo o mecanismo mais utilizado, principalmente se o imputado for uma pessoa pobre.

55 LEMGRUBER, Julita et. al. *Uso e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro. Avaliação do impacto da Lei 12.403/11*. Rio de Janeiro, 2013, p. 8. Disponível em: <<http://www.ucamcese.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

56 LEMGRUBER, Julita et. al. *Uso e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro. Avaliação do impacto da Lei 12.403/11*. Rio de Janeiro, 2013, p. 10. Disponível em: <<http://www.ucamcese.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

A pesquisa também apresentou dados em relação à desproporcionalidade no uso da prisão preventiva, tendo em vista que, em muitos casos onde os acusados que aguardaram o trâmite do processo segregados, a sentença foi absolutória ou impôs regime de cumprimento de pena mais branda, o que indica que muitas prisões ilegais poderiam ter sido evitadas se houvesse uma maior atenção aos pressupostos e requisitos no momento da decretação da prisão⁵⁷.

Segundo Zaffaroni, a seletividade do sistema penal é inevitável, uma vez que é um dado estrutural inerente as mais diversas culturas, conforme resta demonstrado nos cárceres espelhados ao redor do mundo, cuja maioria da população sempre é composta por indivíduos pobres. Para o autor, a seletividade no âmbito criminal é um fenômeno muito mais amplo, se considerarmos que as vítimas dos crimes comuns e os policiais que combatem a criminalidade diretamente nas ruas também são membros das classes economicamente menos privilegiadas, o que pode ser demonstrado pelo perfil dos indivíduos feridos e mortos em eventos criminosos ocorridos nas grandes cidades⁵⁸.

É por isto que, no Estado Democrático de Direito, o processo penal e seus instrumentos, sobretudo a prisão preventiva, devem ser manejados de acordo com o disposto na Constituição, pois, somente assim, as violações de direitos e garantias fundamentais poderão ser evitadas. Isto indica que, ao representar o Estado, o juiz sempre deverá exercer suas atribuições através de uma leitura constitucional do ordenamento jurídico, sendo inadmissível a aplicação de institutos que contrariem a Constituição, sob pena de estar cometendo abuso de poder.⁵⁹

57 LEMGRUBER, Julita et. al. *Uso e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro. Avaliação do impacto da Lei 12.403/11*. Rio de Janeiro, 2013, p. 12-15. Disponível em: <<http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

58 ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 27.

59 CASTILHOS, Tiago Oliveira. *Prisão Cautelar e Prazo Razoável*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 56.

Assim, concluímos no sentido de que, se o fundamento da garantia da ordem pública é considerado legítimo pelos Tribunais Superiores, a seletividade e as lesões constatadas no âmbito da prisão preventiva impõem que qualquer decreto de constrição fundamentado neste requisito, para ter um mínimo de compatibilidade com o respeito aos direitos fundamentais, deverá observar com rigor os princípios constitucionais e o disposto na lei ordinária.

Havendo um enorme arcabouço de instrumentos destinados a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, não apenas no âmbito internacional, mas também no ordenamento jurídico interno, conforme ocorre com a Lei nº 12.403/11, cujo advento buscou restringir o uso da prisão preventiva, não podemos olvidar que, como mencionamos antes, o problema da banalização da prisão preventiva também está relacionado ao fato de que grande parte dos juízes foi formada sob o manto da ideologia inquisitorial da década de 1940, de inspiração fascista, que visualizava o criminoso como um inimigo.

Isto é uma cultura jurídica que compromete a atuação de muitos magistrados entenderem que a prisão é a melhor solução para o problema da criminalidade, o qual se mostra um pensamento equivocado, na medida em que a lei penal não é o instrumento adequado para erradicar estes tipos de conflitos da nossa sociedade⁶⁰.

Desta forma, a solução para os problemas constatados no âmbito da prisão preventiva passa por uma necessária modificação cultural, pela compreensão adequada do fenômeno criminal e do próprio sistema penal, que é seletivo e tem se mostrado ineficaz para resolver o problema da criminalidade, pois, somente assim, a prática se adequará ao que foi determinado pelos tratados e leis que visam limitar o poder estatal para assegurar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

60 GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 67.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que foi exposto no presente trabalho, após o advento da Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva se tornou definitivamente a *ultima ratio* no sistema de medidas cautelares, uma vez que, além dos pressupostos e requisitos exigidos, a decretação da medida também passou a depender da possibilidade de não cabimento das demais medidas diversas da prisão contidas no Artigo 319.

Contudo, restou demonstrado no presente Artigo que, mesmo com a alteração do CPP, a prisão preventiva continuou sendo utilizada de forma indiscriminada e, que tal fenômeno possui uma estreita relação com a manutenção do fundamento no Artigo 312 da Nova Lei de Medidas Cautelares. Isto porque, conforme analisamos, o termo “garantia da ordem pública” é demasiadamente vago e adaptável às inúmeras situações. Ou seja, em um contexto de insegurança marcado pelo recrudescimento do sistema penal em suas mais diversas esferas, logicamente, o argumento é cotidianamente utilizado para fundamentar inúmeras prisões desnecessárias, sobretudo, quando os imputados pertencem aos estratos economicamente menos privilegiados da população.

Deste modo, a guisa de conclusão, podemos afirmar que o fundamento da garantia da ordem pública é inconstitucional, tendo em vista que afronta os princípios constitucionais da presunção de inocência e da estrita legalidade e, exerce papel fundamental na dinâmica da banalização da prisão preventiva, uma vez que viabiliza a permanência da mentalidade autoritária, ainda mais no âmbito da justiça criminal materializada no uso inadequado da prisão preventiva para fins não processuais, fazendo com que a mesma se torne um mecanismo a serviço do recrudescimento do controle e responsável por reafirmar o caráter seletivo do sistema penal.

REFERÊNCIAS

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

_____. Ministério da Justiça. *Relatório Estatístico - Analítico do Sistema Prisional no Brasil - do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=ptbr¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9%2D4C68%2D4006%2D8B16%2D24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 11 out. 2013.

CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais. Prisão e liberdade provisória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (Org.). *Verso e reverso do controle penal – (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v. I.

CASTILHOS, Tiago Oliveira. *Prisão Cautelar e Prazo Razoável*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 56.

CATENA, Victor Moreno. La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas. Lección. 17. In: SENDRA, Gimeno Vicente; CATENA Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés (Org.). *Lecciones de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Forense, 2011.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. 2013.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 2012.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madrid. Trotta, 1997.

GARCIA, Débora Faria. *Novas regras da prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais – comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: AdHoc, 2003.

LEMGRUBER, Julita et. al. *Uso e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro. Avaliação do impacto da Lei 12.403/11*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. II.

_____. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2000.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFZARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Recebido em 24/04/2015.

Aprovado em 03/08/2015.