



Universidade de Brasília

RAYSSA ROCHA RODRIGUES

11/0065654

**A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O
JUÍZO DE PERICULOSIDADE DO AGENTE.**

Brasília/DF

2016

RAYSSA ROCHA RODRIGUES

**A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O
JUÍZO DE PERICULOSIDADE DO AGENTE.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Prof^a. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves
de Rezende

Brasília, 05 de julho de 2016.

RAYSSA ROCHA RODRIGUES

**A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O
JUÍZO DE PERICULOSIDADE DO AGENTE.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Prof^a. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves
de Rezende

Aprovação em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
(Orientadora)

Prof^a. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando
(Membro)

Prof^a. Dra. Cristina Maria Zackseski
(Membro)

Prof^a. Dra. Eneá de Stutz e Almeida
(Suplente)

RESUMO

O presente trabalho busca identificar a forma como a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem pública vem sendo banalizada no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito de periculosidade é o principal fundamento do encarceramento provisório, porém nada traz de concreto para justificar a ação de custódia cautelar. Sob a ótica do garantismo penal e da Criminologia Crítica, a utilização da periculosidade como fundamento evidencia um julgamento baseado em um discurso ideológico e dogmático, fundado em estereótipos discriminatórios, cuja essência é conferir à prisão preventiva efeito simbólico de punição e controle repressivo da classe social perigosa. A adoção desse direito penal de periculosidade implica na adoção do direito penal de autor que, por sua vez, é inconciliável com a moderna teoria do crime, fundada na culpabilidade do agente.

Palavras-chave: prisão preventiva, periculosidade, direito penal de autor, discurso jurídico-penal, direitos fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A TUTELA PENAL E PROCESSUAL PENAL EM FACE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS	8
1.1 O processo penal como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito	8
1.2 A garantia constitucional da motivação das decisões judiciais	9
1.3 Princípios constitucionais essenciais	11
1.3.1 Devido processo legal	11
1.3.2 Dignidade da pessoa humana	12
1.3.3 Proporcionalidade	14
1.3.4 Presunção de inocência	15
2 COMPREENDENDO A PRISÃO PREVENTIVA	18
2.1 Tutela cautelar e o processo penal	18
2.2 O <i>periculum libertatis</i> e o <i>fumus commissi delicti</i>	19
2.3 Hipóteses de cabimento: o art. 312 do Código de Processo Penal	20
2.3.1 Conveniência da instrução criminal	20
2.3.2 Aplicação da lei penal	21
2.3.3 Garantia da ordem econômica	21
2.3.4 Garantia da ordem pública	22
3 A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A PERICULOSIDADE DO AGENTE	26
3.1A inocuização como prevenção	26
3.1.1O delinqüente como perigo social	27
3.2 A fundamentação das decisões de prisão preventiva decretadas para a garantia da ordem pública	29
3.2.1A gravidade em abstrato do crime	29
3.2.2 A presunção de reiteração delitiva	32
3.2.3 A personalidade do réu – perigo e periculosidade do agente	33
4 O JUÍZO DE PERICULOSIDADE E O SISTEMA PENAL MODERNO	37
4.1 Culpabilidade e Periculosidade	37
4.2 O indivíduo perigoso, o direito penal do inimigo e a seletividade penal	40
4.3 A prisão preventiva para garantia da ordem pública e a antecipação da pena	44
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52
ANEXOS	55

INTRODUÇÃO

A análise do Processo Penal responde pela ótica constitucional a uma exigência garantidora que viabiliza a aplicação da pena àqueles que transgridem normas de conduta social. Porém, mais do que isso, responde à efetivação dos direitos e liberdades individuais, cabendo-lhe proteger os indivíduos dos excessos punitivos do Estado, limitando, outrossim, a atividade estatal dentro de um Estado Democrático de Direito.

Para garantir o devido andamento processual, as medidas cautelares têm como escopo resguardar o processo de conhecimento. A prisão cautelar, como uma dessas medidas, recai sobre o indivíduo, restringindo sua liberdade de locomoção, antes do trânsito em julgado da condenação. Essa forma de prisão encontra justificção apenas na excepcionalidade de situações nas quais a manutenção do réu em liberdade possa comprometer o regular desenvolvimento da atividade processual. É, portanto, medida excepcional e provisória.

No sistema brasileiro vigente, a custódia cautelar majoritariamente aplicada é a prisão preventiva. Nesse caso, a prisão depende da prova de existência de fato típico e indícios de autoria, e será aplicada desde que necessária para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Contudo, a justiça processual penal brasileira traz uma grande defasagem entre o plano teórico e a realidade prática. Inclusive, o interesse em realizar o presente estudo decorre de própria atuação pessoal na prática jurídica na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo em processos penais cujo objeto era o pedido de *habeas corpus* para relaxamento da prisão preventiva.

Na maioria dos casos, os decretos de prisão preventiva expedidos fundamentavam-se em concepções genéricas e desvinculadas da realidade dos fatos concretos. Geralmente, em sede de julgamento de *habeas corpus*, as decisões e acórdãos apresentavam um “verdadeiro giro argumentativo” para não conceder a ordem de *habeas corpus* à determinados indivíduos em razão de sua periculosidade.

Diante desse cenário, faz-se necessário o presente aprofundamento da discussão acerca da prisão preventiva, para compreender por que a suposta periculosidade do agente se tornou o principal substrato discursivo para a decretação da constrição cautelar, mesmo antes de formada a culpa, de determinados indivíduos etiquetados como perigosos. Ou, ainda, por que determinado grupo social é visto como mais perigoso do que outro.

O conceito de periculosidade origina-se no pensamento positivista, cujo pressuposto essencial é a adoção de medidas de defesa social e exclusão dos criminosos “perigosos” para manutenção da ordem social. Nessa medida, tendo em vista que o nosso

ordenamento jurídico apropriou-se desse termo, propõe-se aqui o estudo de como e se tal conceito pode ser utilizado no nosso ordenamento jurídico sem atingir direitos e garantias fundamentais.

Além disso, é importante questionar quais são as práticas discursivas que legitimam o encarceramento provisório com base nesse conceito e, por fim, se esse paradigma pode coexistir com a moderna teoria do crime, alinhada no direito penal da culpabilidade, dentro de um Estado Democrático de Direito.

É na fundamentação do discurso das decisões jurídico-penais que podemos responder tais questões. Para tanto, passou-se à análise dos fundamentos que justificam as medidas de prisão preventiva e como são tratados por nossos tribunais. Em breve passagem pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi possível constatar várias possibilidades argumentativas para a decretação da constrição preventiva que foram expostas aqui de forma demonstrativa.

Dessa análise, a pesquisa revelou como o conceito de inimigo incide no direito processual penal nos nossos tribunais quando se determina uma prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão da periculosidade do agente. Revelou, ainda, como nesses casos o direito penal de autor pode prevalecer sobre o direito penal de ato.

Ademais, o presente estudo expôs como a crescente demanda social por punição, diante da sensação de insegurança na população, pode influenciar diretamente na tomada de decisão do julgador, ocasião em que se observa a utilização do instituto da prisão preventiva como forma de punição, defesa social e antecipação da pena.

1 A TUTELA PENAL E PROCESSUAL PENAL EM FACE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1 O processo penal como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, caracterizado pela supremacia da Constituição, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.¹

A Constituição Brasileira, como lei de maior hierarquia, é o referencial necessário para, além de exercer o controle de validade da produção legislativa, garantir direitos fundamentais, indispensáveis à própria existência e desenvolvimento do ser humano, que deverão ser protegidos e também efetivados pelo Estado, por meio de um processo democrático participativo.

O Estado Democrático de Direito concretiza-se com a ampliação dos espaços deliberativos, a partir de um consenso produzido discursivamente, mediante a participação dos cidadãos na definição do sentido das normas jurídicas e do caráter vinculante do direito estatal.

Outrossim, a uma Constituição democrática deve corresponder uma Justiça Penal também democrática. A intervenção penal será instrumento constitucional legítimo à medida que se democratizar e for devidamente constituída a partir do texto constitucional, dirigindo-se à efetividade das garantias fundamentais, preferencialmente no marco de um direito penal de intervenção mínima.

Evidentemente, o processo penal é o caminho necessário para se atingir a pena. A liberdade do particular é pressuposto do Estado Democrático de Direito, razão pela qual o processo penal deve ser mediador entre a intervenção estatal e a liberdade individual, e não deve ser mero instrumento do poder punitivo.

O poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes atribuídos pela Constituição Federal para criar e aplicar o Direito Penal. Entretanto, este conjunto de poderes não é ilimitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no art.1º da Constituição Federal.² Portanto, os princípios que

¹ Art 1º da Constituição da República de 1988.

² SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. De Oliveira, 2001, p. 05.

norteiam o Direito Penal e Processual Penal são as linhas mestras que estabelecem os limites da atuação do *jus puniendi* do Estado na sociedade.

A essência do garantismo penal situa-se nesse dualismo entre a atuação do Poder Público e o particular. Impulsionado FERRAJOLI, o garantismo apresenta um modelo de Estado de Direito no qual pressupõem-se limites para conter a crescente liberdade judiciária no que diz respeito ao ato jurisdicional dotado de coercitibilidade estatal, enquanto ato de autoridade pública.

Em breve síntese, o pensamento garantista defende que toda condenação criminal deve ser fruto exclusivamente do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder autoritário. Assim, o conflito penal somente poderá ser solucionado de forma legítima quando fundado em procedimento judicial em que se permita o maior conhecimento dos fatos e maior possibilidade de argumentação jurídica, presentes ambas as partes e interessados durante o processo.³

O garantismo e a intervenção penal são compatíveis quando a condenação criminal for justificada em estrita consonância com o devido processo legal, observado o dever de fundamentar a decisão judicial.

A partir de uma perspectiva essencialmente garantista, a Constituição da República reflete a base processual penal como garantia constitucional, instrumentalizada conforme os princípios constitucionais, em busca da justa solução do conflito penal de forma democrática e efetiva.

1.2 A garantia constitucional da motivação das decisões judiciais

A motivação das decisões judiciais é garantia prevista expressamente no art. 93, IX, da Constituição. Como visto anteriormente, o processo penal deve refletir as bases constitucionais do regime democrático e, por tal razão, a exigência de motivação das decisões judiciais penais é condição legitimadora para imposição das medidas punitivas no Estado Democrático de Direito.

Essencial para a valoração do raciocínio desenvolvido na análise da prova e dos argumentos das partes, a motivação serve para controle da racionalidade da decisão judicial. A fundamentação permite identificar o conteúdo e o alcance do ato decisório, observadas a imparcialidade e independência judiciais, impedindo escolhas arbitrárias por parte do juízo. Trata-se, portanto, de garantia fundamental, cuja eficácia legitima o poder contido no ato decisório.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

Como garantia política, a motivação decorre do Estado Democrático de Direito como forma de exercer controle sobre o poder. A coação do juiz sobre o indivíduo deve ser submetida a regras estritas, sob a luz dos princípios constitucionais. Nesse contexto, FERRAJOLI⁴ defende a humanização do poder do juiz e que, por uma inversão de paradigmas, o saber deverá sobrepor-se ao poder. Assim, o poder não poderá legitimar-se por si, será legítimo quando for subordinado ao saber.

Ademais, a fundamentação deve estar presente na sentença e nas decisões interlocutórias tomadas no curso processual, sobretudo naquelas que imponham restrições de direitos e garantias fundamentais, como os decretos de prisão preventiva. A motivação do ato decisório demonstra o saber que legitima o poder de impor a privação de liberdade do indivíduo.

No processo penal, não se admite a imposição da pena sem que haja prática de delito tipificado ou sem que haja imputabilidade e culpabilidade de autoria, indicados por prova empírica levada a um juiz imparcial.

No entanto, diante das provas, o juiz pode apresentar dúvida acerca da verdade jurídica. Uma vez que o objetivo da prestação jurisdicional é o compromisso com a verdade processual, a imparcialidade do juízo deve afastar qualquer possibilidade de influência externa sobre a decisão que será prolatada, devendo apresentar seu convencimento motivado essencialmente nos fatos e provas apresentados pelas partes.

A imparcialidade do juiz, além de ser uma das características inerentes da jurisdição, tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente. Exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da titularidade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais.⁵

Excepcionalmente, o CPP concede poderes investigatórios, ou poderes de iniciativa probatória, ao juiz, para que determine diligências investigatórias no curso do inquérito policial (art. 13, II; art. 156 do CPP). É evidente que a imparcialidade do juízo ficará comprometida quando este colher provas e depois decidir sobre o material que ele mesmo colheu. Para alguns autores⁶, tais dispositivos legais chegam a ser inconstitucionais, pois, em

⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 130.

⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 42.

⁶ LOPES JR., Aury. *Op.cit.*, p. 137; *Idem*, p. 42.

vez de atuar como juiz-garante, alheio à investigação, e *suprapartes*, está atuando como juiz-instrutor, figura incompatível com o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.

O juiz, portanto, deve afastar-se ao máximo da persecução penal, posicionando-se de modo equidistante e, ao mesmo tempo, acima das partes em conflito, mantido seu livre convencimento necessário para valorar as provas e prolatar decisão motivada, com independência e imparcialidade.

1.3 Princípios constitucionais essenciais

1.3.1 Devido processo legal

Todas as garantias constitucionais buscam a proteção dos destinatários do provimento jurisdicional. A garantia do devido processo legal figura no ordenamento jurídico brasileiro como uma das mais amplas e relevantes garantias de direito constitucional.

Sob o aspecto formal, o devido processo legal diz respeito ao procedimento previamente estabelecido em lei. Sob o aspecto material, o princípio abrange diversas outras garantias fundamentais.

Por isso, uma jurisdição eficaz que respeite o devido processo legal exige juiz independente e imparcial, com observância do princípio do juiz natural, sem contar o contraditório e a ampla defesa (autodefesa e defesa técnica), além do direito à presunção de inocência, direito à liberdade, entre outros direitos.

A Constituição da República, em seu art. 5º, LIV, aduz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De acordo com tal dispositivo, todas as formalidades previstas em lei devem ser observadas para que haja cerceamento da liberdade. A tramitação regular e legal do processo penal é a garantia dada ao indivíduo de que seus direitos, inclusive sua liberdade de locomoção, serão respeitados, não sendo admitida restrição à estes sem determinação da autoridade competente e na forma estabelecida em lei.⁷

A liberdade, portanto, será a regra no processo, enquanto o cerceamento à liberdade será exceção. De tal sorte, a aplicação das medidas cautelares constritivas de liberdade não tira a imprescindibilidade do princípio em análise, ainda que seu caráter provisório e sumário venha a impossibilitar o esgotamento do devido processo legal.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁸ MAZON, Cassiano. *A Fundamentação das Decisões Judiciais e a Prisão Preventiva*, 2011, Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC. São Paulo, 2011, p. 77.

Ademais, não há devido processo legal sem a presença do contraditório e ampla defesa. O contraditório é a essência da estrutura dialética sobre a qual deve estruturar-se o processo penal. Assim, o contraditório é o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*.⁹

Para a doutrina moderna, o contraditório abrange o princípio da paridade de armas, pois garante não só o direito à informação de alegação contrária ao interesse das partes, e o direito à reação – garantia de participação –, mas também garante a oportunidade de resposta de ambas as partes na mesma intensidade e extensão, isto é, em simétrica paridade.¹⁰

Dessa forma, enquanto o contraditório exige a garantia da participação equitativa para ambas as partes, a ampla defesa vai além, incluindo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade.¹¹

Essencial para o devido processo legal é o juiz natural, como uma das principais garantias fundantes do Estado Democrático de Direito. Em virtude das extensas funções do Poder Judiciário e, em face do modelo constitucional republicano, o Direito Brasileiro tem como vertente fundamental a adoção do juiz como órgão do Poder Judiciário, cuja competência seja previamente estabelecida e derive de fontes constitucionais.

Outrossim, é garantia do réu ser julgado por magistrado legalmente instituído para exercer a jurisdição, naquele determinado processo, sem que seja possível a criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF).

Diante de tais considerações, o princípio do devido processo legal aparece no ordenamento jurídico como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, com o objetivo de garantir a realização de um processo imparcial, justo e equitativo, único caminho legítimo para a imposição da sanção penal.

1.3.2 Dignidade da pessoa humana

O Brasil, Republica Federativa que é, tem como um de seus principais fundamentos a proteção da dignidade da pessoa humana, estatuída no art. 1º da Constituição

⁹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 171.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Op. Cit.*, p. 43.

¹¹ Art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica – Decreto nº 678/92.

Federal. O princípio da proteção à dignidade humana caracteriza-se por ser valor essencial ao ordenamento jurídico, conferindo unidade e sentido ao texto constitucional.

A dignidade humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Sendo assim, MORAES define a dignidade como:

(...) um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹²

Assim, o direito à dignidade nada mais é do que o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e desenvolvimento de uma existência digna para todos.

Com a democratização do processo penal, o acusado, que antes era considerado mero objeto da lide, passa a merecer tratamento na condição de titular de direitos. Nesse sentido, ainda que a demanda pela punição do acusado seja cada vez maior, um dos direitos fundamentais que o Estado deve lhe fornecer é o de proteção.

O direito à proteção caminha lado a lado ao direito à liberdade, consoante o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Por isso, o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do acusado contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros, quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra ataque de terceiros – inclusive do acusado – mediante a correspondente e necessária ação coativa ou punitiva.¹³

O Direito Penal, diante do princípio da proteção à dignidade humana, assume dupla função no ordenamento jurídico. Primeiro, serve como elemento essencial na proteção dos direitos fundamentais, sobretudo contra medidas cautelares restritivas, ao limitar o poder de intervenção estatal na liberdade do acusado. Segundo, serve para garantir que o crime seja punido, protegendo igualmente a sociedade e os membros que a compõem.

Diante do exposto, o impasse que advém do princípio da dignidade humana, atrelada à aplicação de medidas cautelares privativas de liberdade, diz respeito à possibilidade de, com o escopo de proteger a dignidade do coletivo, afetar-se a dignidade do ofensor (liberdade) que, pela sua condição humana, é digno da mesma forma que os demais integrantes da comunidade, mas que age infringindo a dignidade de seus semelhantes.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

¹³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.65.

Sob uma perspectiva de direito comparado, SARLET ressalta que na doutrina alemã predomina o entendimento de que a dignidade humana não admite limitações, nem mesmo diante do interesse comunitário, por se tratar de valor absoluto e insubstituível.¹⁴

Diante desse cenário, a prisão preventiva, como medida cautelar privativa de liberdade, pode ser considerada uma representação de violação ao princípio da dignidade humana, uma vez que restringe a própria liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da condenação. A decretação de prisão preventiva, em razão de proteção da ordem pública, por exemplo, não seria fundamento suficiente para justificar a prisão, em função do caráter vago e impreciso da expressão “ordem pública”. Tal entendimento será melhor explorado posteriormente, porém o que cabe dizer neste momento é que a prisão preventiva, ainda que decretada com a finalidade de salvaguardar a vida e a dignidade pessoal dos integrantes da comunidade, não pode aniquilar a dignidade do próprio acusado.

Distanciando-se do entendimento alemão, para o nosso ordenamento jurídico não se deve confundir a necessidade de se harmonizar a dignidade, em sua condição de norma-princípio, com os demais princípios e garantias fundamentais, de tal sorte que poderá ser relativizada no caso concreto, desde que respeitada, protegida e promovida a dignidade de todas as pessoas como qualidade intrínseca do ser humano.¹⁵

Dessa forma, o princípio da dignidade humana poderá ser relativizado no caso concreto, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade.

1.3.3 Proporcionalidade

Para a Justiça Brasileira, o fundamento do princípio da proporcionalidade situa-se no âmbito dos direitos fundamentais.¹⁶ No que diz respeito à proteção da dignidade humana, o princípio da proporcionalidade incidirá como medida de proibição de excesso de intervenção do Estado na esfera privada.

A utilização da proporcionalidade envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa. Adequada será a medida interventiva que se mostre apta a atingir o objetivo pretendido e necessária quando nenhum outro meio menos gravoso para o

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 137.

¹⁵ *Idem*, p. 138.

¹⁶ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 222.

indivíduo revelar-se igualmente eficaz para atingir o objetivo pretendido.¹⁷ Ou seja, a proporcionalidade pondera se os meios utilizados são adequados e necessários para alcançar determinado fim.

Em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, tais como a liberdade, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição, mas também sobre a compatibilidade da restrição estabelecida com o princípio da proporcionalidade. Com isso, evita-se a utilização de medidas constritivas de liberdade que, mesmo legalmente adequadas, não são precisamente necessárias para que sejam obtidos os fins de proteção visados pela justiça. Outrossim, a prisão não será necessária se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medidas cautelares menos gravosas.

No caso da prisão preventiva, a proporcionalidade tenta equilibrar a liberdade do indivíduo, a dignidade humana, a presunção de inocência e a necessidade de aprisionamento cautelar provisório, em nome da ordem pública e do bom andamento processual. Trata-se, portanto, de uma ponderação feita essencialmente no caso concreto entre a prevalência do interesse público diante do princípio da presunção de inocência.

1.3.4 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Por sua vez, estabelece o artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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.

De início, cabe esclarecer que a terminologia “presunção de inocência” remete ao campo da presunção de um fato indicado em decorrência das provas dos autos.¹⁸ A Constituição, portanto, ao declarar que ninguém será culpado antes do trânsito em julgado da condenação, remete à **presunção** da culpa ou inocência, e não sua certeza.

¹⁷ *Idem*, p. 226.

¹⁸ RANGEL, Paulo. *Op. Cit.*, p. 46.

O juiz, ao decretar uma prisão cautelar apenas presume a culpa do acusado com base nas provas dos autos. Não significa que atingiu a verdade processual, fato que, inclusive, enseja o cabimento de recurso para o tribunal, que poderá reformar a decisão, tendo em vista o caráter *iuris tantum* da presunção.¹⁹

Pois bem, o princípio da presunção de inocência é princípio reitor do processo penal e impõe ao poder público a observância de duas regras específicas, quais sejam: do tratamento ao imputado e da carga da prova.

Quanto ao tratamento, a presunção de não culpabilidade aduz que o réu em nenhum momento pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. A garantia constitucional impõe um dever de tratamento, na medida em que o réu deve ser tratado como inocente não só no momento da decisão, mas também durante todo o curso processual, assegurada a vedação a qualquer forma de identificação do suspeito à condição de culpado.²⁰

A adoção do princípio traz conseqüências relevantes ao processo de natureza cautelar. O estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade ligadas à tutela da efetividade do processo. Assim, qualquer antecipação de medida restritiva de caráter punitivo, ou que reconheça a culpabilidade do agente antes do trânsito em julgado da condenação, violará o princípio fundamental.²¹

Quanto à prova, o princípio assegura que o ônus da prova relativa à sua autoria ou à existência de fato, deve recair exclusivamente sobre a acusação. Isto porque, diante do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, inseridos no texto constitucional, não é o réu quem tem que provar sua inocência, mas sim o Ministério Público quem tem que provar a culpa.²²

A dúvida existente acerca da existência de algum fato deve beneficiar o acusado, levando à sua absolvição por aplicação não só do *in dubio pro reo*, mas também em vista do princípio do devido processo legal.

Para GOMES FILHO, a presunção de inocência e o devido processo legal na verdade são conceitos que se complementam, uma vez que o reconhecimento da culpa exige a

¹⁹ *Idem*, p. 49.

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

²¹ *Idem*, p. 43.

²² RANGEL, Paulo. *Op Cit.*, p. 48.

presença de um processo “justo” no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do acusado seja feito em equilíbrio.²³

Mais especificamente, a presunção de inocência, aplicada concomitantemente ao princípio da paridade de armas, serve como instrumento de uma concepção mais equilibrada e democrática de justiça penal. A não culpabilidade tenta equiparar uma situação de desvantagem do cidadão, causado pela existência da imputação criminal, em face do poder punitivo acusatório estatal. Neste ponto, GOMES FILHO²⁴ alega que, apesar da sistemática acusatória impor uma estrutura dialética que mantém o juiz em estado de alheamento ao caso, o magistrado deve assumir uma função ativa e assistencial, dirigida à permanente remoção de desequilíbrios entre Estado e acusado, que possam afetar a existência do contraditório efetivo.

Em suma, da consagração da presunção da não culpabilidade pela Constituição decorre a noção de que nenhuma disposição legal, ato judicial ou ato administrativo poderá fundar-se na equiparação do acusado à situação de culpado, antes do trânsito em julgado da condenação. Ademais, o princípio reforça a ideia de que a persecução penal deve ser atividade de maior respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, não se cogitando de qualquer privilégio em favor do poder estatal, tendendo à efetiva superação das desigualdades entre o Estado e o indivíduo.

²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op Cit.*, p. 47.

²⁴ *Idem*, p. 48.

2 COMPREENDENDO A PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Tutelar cautelar e o processo penal

Com o advento da Lei 12.403/ 11, a sistemática da prisão cautelar no processo penal foi reformulada, ocasião em que se estabeleceu a aplicação de custódia cautelar aos crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos.

A prisão preventiva, prevista nos arts. 311 à 316 do Código de Processo Penal, é uma das prisões cautelares, de natureza processual, que poderá ser decretada antes do trânsito em julgado da condenação.

A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva. Tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, privando o indivíduo de sua liberdade, a fim de garantir a aplicação da lei penal.²⁵

Assim, enquanto a prisão definitiva representa o direito de punir do Estado (*jus puniendi estatal*), a prisão provisória serve como instrumento destinado à assegurar a persecução penal e a efetividade processual. Em suma, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual.

Como qualquer medida cautelar implica severa restrição de liberdade ao imputado, a prisão preventiva deve ser aplicada em observância ao princípio da legalidade, à tipicidade do ato processual, à presunção de inocência, ao devido processo legal, e, sobretudo, ao princípio da proporcionalidade. A proporção entre o direito de liberdade e a eficácia da repressão do delito deve nortear a conduta do juiz no caso concreto, a fim de ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, tendo em vista que a prisão provisória é uma exceção e não pode, jamais, tornar-se regra.

Com efeito, por ser medida de caráter excepcional e temporário, a prisão preventiva será decretada em casos de absoluta necessidade, quando não for cabível a sua substituição por medida cautelar diversa (art. 282, §6º, do CPP).

Nesse sentido, a Lei 12.403/11 instituiu medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no art. 319 e 320 do CPP, que poderão ser adotadas pelo Magistrado diante da necessidade apresentada pelo caso concreto, observado o princípio constitucional da presunção de inocência.

²⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 669.

Ademais, além dos pressupostos de cautelaridade, a prisão preventiva poderá ser decretada desde que devidamente fundamentada por parte da autoridade judiciária competente, consoante o art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Por autoridade judiciária competente leia-se o juiz ou tribunal, órgãos de competência exclusiva para decretar a prisão preventiva durante o inquérito policial ou no curso da instrução criminal, mediante: requerimento do Ministério Público, representação da autoridade policial, requerimento do querelante, ou ainda, de ofício.

Em razão de sua natureza cautelar, reitero que a prisão preventiva deve ser temporária, pois é tutela provisória e não pode assumir papel de pena antecipada. Tem-se notado a dificuldade do judiciário em dosar a utilização da prisão preventiva, visto que não há previsão legal acerca de sua duração máxima. A duração excessiva da constrição cautelar acarreta não só a antecipação da pena como medida punitiva, mas também afronta os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

2.2 O *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*

As medidas cautelares privativas de liberdade prestam-se à efetividade na persecução penal e, para tal fim, devem ser impostas observados os pressupostos específicos. No caso da prisão preventiva, o art. 312 do CPP estabelece requisitos para a sua imposição, quais sejam: o *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, que são simétricos ao *periculum in mora* e ao *fumus boni iuris*, aplicados no processo civil, mas que não se confundem, por tratarem de tutelas cautelares diferentes.²⁶

No processo civil, o *fumus boni iuris* remete à “fumaça do bom direito”, isto é, à probabilidade de existência do direito de acusação alegado. No processo penal, traduz-se na fumaça da prática delituosa – *fumus comissi delicti* – enquanto probabilidade de ocorrência de um delito (e não de um direito). Já o *periculum in mora* representa, no processo civil, a possibilidade de perigo de dano iminente irreparável, ou de difícil reparação, para a efetividade do processo ou para o próprio direito pleiteado, em razão do decurso do tempo. Na ação penal, o *periculum in mora* se desdobra no *periculum libertatis*, pois o risco de dano ao processo ou à sociedade é causada sobretudo pela liberdade do acusado.²⁷

Consoante o art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada:

²⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 649.

²⁷ *Idem*, p. 615/616.

(...) 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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Assim, temos três pressupostos básicos para decretação da prisão preventiva: a prova da existência do crime (materialidade do delito), os indícios suficientes de autoria e a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal.

A prova de existência de crime, bem como os indícios suficientes de autoria, constituem o *fumus comissi delicti*. A garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal constituem o *periculum libertatis*.

A prova de existência de crime refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito, atestada por perícia ou prova testemunhal idônea. Já os indícios de autoria remetem-se à apontamentos acerca da autoria do ilícito, portanto são elementos que apontam a fumaça no sentido de que o acusado é autor do delito que ora se apura. São indicações. Não é necessário o fogo da certeza, mas sim a mera fumaça de que ele pode ser o autor do fato.²⁸

O *periculum libertatis* refere-se ao perigo decorrente da liberdade do indivíduo. Assim, temos quatro situações fáticas cuja proteção se faz necessária, sem as quais a prisão preventiva não poderá ser decretada. Ressalte-se que são situações alternativas, de modo que basta a incidência de apenas uma para justificar-se a medida cautelar. Vejamos, mais especificamente, cada uma delas.

2.3 Hipóteses de cabimento: o art. 312 do Código de Processo Penal

2.3.1 Conveniência da instrução criminal

De início, destaque-se que as prisões preventivas decretadas tanto para a conveniência da instrução criminal, quanto para a aplicação da lei penal são majoritariamente instrumentais, posto que tem como objetivo tutelar a efetividade do andamento do processo principal (ação penal)²⁹.

²⁸ RANGEL, Paulo. *Op. Cit.*, p. 703.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 554.

Pois bem, a instrução criminal é fase processual imprescindível para o acusado exercer todos os meios constitucionais de defesa, evidenciado o Estado Democrático de Direito.

Assim, a “conveniência” da instrução criminal será decretada quando houver risco efetivo para a instrução. É quando a liberdade do acusado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, porque está destruindo documentos, alterando o local do crime, ou porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos.

Em suma, é a prisão decretada para prevenir uma possível perturbação ao andamento regular da ação penal. Serve para garantir um processo justo, livre de contaminação probatória, e seguro, para que o juiz forme, honesta e lealmente, sua convicção.

2.3.2 Aplicação da lei penal

Já a prisão pautada na aplicação da lei penal será decretada quando houver risco real de fuga do acusado. A fuga, contudo, não poderá ser presumida, mas sim fruto de elementos concretos dos autos que comprovem que o acusado pretende esvair-se da ação da justiça, ou encontra-se em lugar incerto e não sabido com a intenção de se subtrair à aplicação da lei.³⁰

Por isso, o simples poder econômico do réu não pode autorizar o juiz a decretar sua prisão preventiva, assim como o fato do réu encontrar-se desempregado não pode autorizar sua prisão, segundo o inciso II do art. 323 do CPP.

2.3.3 Garantia da ordem econômica

Enquanto as duas primeiras situações fáticas anteriores remetem-se à instrumentalidade do processo, a garantia da ordem econômica e pública apresentam alvo distinto da proteção do processo em curso, como veremos adiante.

A garantia da ordem econômica foi incluída no art. 312 do CPP por força da Lei n. 8.884/94, a Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica. Foi adicionada com a intenção de tutelar o risco decorrente de condutas do agente que afetassem a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, tanto pela reiteração de práticas que gerassem perdas financeiras vultuosas, quanto por colocar em perigo a credibilidade e funcionamento do sistema financeiro ou do mercado de ações e valores.

³⁰ *Idem*, p. 554.

Contudo, desnecessária a inclusão da prisão para garantia da ordem econômica no art. 312 do CPP, pois o art. 30 da Lei n. 7.492, que cuida dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei do colarinho branco), já prevê a decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada.

Com efeito, para OLIVEIRA, a prisão preventiva pautada na garantia da ordem econômica não amenizaria os efeitos gerados pela magnitude da lesão causada à ordem econômica. Para ele, a melhor forma de tutelar a ordem financeira seria pelo seqüestro e indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração.³¹ Corroborando com tal entendimento, LOPES JR. alega que se o objetivo é perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas, e coisas do gênero, o caminho passa pelas sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais, mas jamais pela intervenção penal, muito menos de uma prisão preventiva. O “engessamento” patrimonial seria, portanto, a melhor solução para evitar a reiteração de condutas.³²

2.3.4 Garantia da ordem pública

A garantia da ordem pública é o fundamento mais utilizado para a aplicação da prisão preventiva e, por consequência, é um dos temas mais recorrentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O termo “ordem pública” foi originariamente incluído no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código de Processo Penal de 1941, como substrato para racionalizar um discurso jurídico-penal cujo objetivo era justificar a perseguição dos “inimigos” do poder instituído. Da entrada em vigência do atual CPP até o ano de 1974, o instituto manteve os propósitos de sua criação, servindo como instrumento político de estigmatização e isolamento.³³

O período compreendido entre 1974-1990 é marcado pela entrada de novos “inimigos” perturbadores da ordem, agora criminosos comuns acusados de furto, roubo, homicídio, tráfico, etc. Neste mesmo período, destaca-se a tentativa de construção de uma nova racionalidade discursiva apta a justificar o encarceramento provisório, com base na

³¹ *Ibidem*, p. 555.

³² LOPES JR, Aury. *Op. Cit.*, p. 662/663.

³³ GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. 2013. *Dissertação (Mestrado em Direito)* – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 75.

garantia da ordem pública, dos novos perturbadores da paz social.³⁴ Esta racionalidade discursiva, que veio para sustentar a ação punitiva estatal por meio do aprisionamento cautelar, se estende até os dias atuais.

De maneira controversa, a Lei 12.403/11 manteve a ordem pública no ordenamento jurídico, agora como fundamento para a prisão preventiva. Dotada de evidente cunho autoritário e retrógrado, a expressão “garantia da ordem pública” continua sendo empregada pelo Judiciário, ainda que seja conceito de conteúdo vago, abstrato e de difícil definição.

A doutrina, na tentativa de conferir à “garantia da ordem pública” significado mais palpável, remete o termo à “paz e tranquilidade sociais”³⁵ ou à “paz e proteção da comunidade”³⁶. Sob essa ótica, a finalidade da garantia da ordem pública é a proteção do coletivo, mantida a harmonia e tranqüilidade da comunidade.

Quanto à jurisprudência, verifica-se a ausência de uma construção valorativa delimitadora da idéia de ordem pública. No entanto, vários são os fundamentos criados pelos tribunais brasileiros para tentar justificar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, quais sejam: o risco de reiteração criminosa, a gravidade da infração penal, o *modus operandi*, a periculosidade do agente, a necessidade de se acautelar o meio social, a credibilidade nas instituições, etc.³⁷

Não obstante as tentativas de definição, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial para a expressão, ficando a cargo de cada magistrado aplicá-la de acordo com o caso concreto. Em razão dessa discricionariedade, a ordem pública trata-se de cláusula flexível que pode ser facilmente manipulada e adaptada de acordo com vontades políticas e/ou juízos de valor do julgador, exigindo, assim, extrema cautela quando aplicada como argumento no raciocínio decisório.

Nesse sentido, GOMES FILHO posiciona-se:

No caso especial da prisão cautelar, o apelo à ‘ordem pública’ representa, em última análise, a superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, que se postula fundamental à matéria, **para propiciar a atribuição de um amplo poder discricionário ao juiz, que nesse particular não fica sujeito a limitações senão da própria sensibilidade.**³⁸

³⁴ *Idem*, p. 80.

³⁵ RANGEL, Paulo. *Op Cit.*, p. 701.

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op Cit.*, p. 556.

³⁷ GOMES, Patrick Mariano. *Op. Cit.*, p. 125.

³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67, sem grifo no original.

Ao contrário das outras hipóteses direcionadas ao bom andamento do processo e à aplicação da lei penal, a ordem pública permite argumentações infundáveis, razão pela qual permite revelar traços ideológicos do julgador na decisão.³⁹ Dai a importância de se apresentar motivação idônea que pautar seus fundamentos para a constrição cautelar apenas nos elementos concretos do delito.

Contudo, o que se vê na prática judiciária é que a motivação da custódia preventiva por muitas vezes carece de fundamentação idônea, bastando-se à rasos apontamentos acerca da gravidade em abstrato do delito, entre outros, como será demonstrado adiante. A ausência de parâmetros definidos na lógica argumentativa decisória torna difícil determinar o motivo pelo qual uma conduta causa inquietude à ordem, e merece o encarceramento, e outra não.

O cotidiano do Judiciário mostra que a maleabilidade do discurso pautado na ordem pública corrobora com a banalização da prisão preventiva. Isto porque determinados tipos penais, assim como a “personalidade” de alguns agentes, sensibilizam os julgadores de forma mais acentuada que outras, ou seja, alguns tipos penais são considerados mais graves, ou mais passíveis de causar perturbação à ordem e tranquilidade públicas. Assim, para além dos elementos do caso concreto de cada delito que chega para o juiz, o tipo penal é a principal influência na decisão. Diante da necessidade do julgador de fazer “justiça a qualquer custo”, ainda que os elementos concretos do caso não sejam suficientes para fundamentar a constrição, a prisão preventiva será decretada unicamente em função do tipo de delito que foi cometido. Nesse sentido, a garantia da ordem pública, ante seu caráter amplo de interpretação, é utilizada na decisão como medida justificadora de qualquer prisão.

Essa necessidade de se “fazer justiça a qualquer custo” impõe à constrição cautelar um caráter punitivo e até vingativo por parte do juízo. Isso revela que a prisão preventiva cumpre função punitiva, que não lhe cabe, porque vai além de suas atribuições cautelares de instrumento de proteção do processo penal.

Assim, a prisão preventiva para garantia da ordem pública decretada unicamente por razões ideológicas não exerce sua função de medida cautelar, pelo contrário, atua como pena ditada por razões de cunho político, que pressupõem o reconhecimento da culpabilidade do acusado de forma antecipada em afronta ao princípio da presunção de inocência.

SANGUINÉ explica que, apesar de a aplicação da constrição preventiva ter como objetivo assegurar a sociedade, ela acaba sendo utilizada como função de prevenção geral,

³⁹ GOMES, Patrick Mariano. *Op. Cit.*, p. 45.

desvirtuando, outrossim, o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória.⁴⁰ A função de prevenção geral e especial, portanto, é exclusiva da pena, que supõe o devido processo legal e sentença com trânsito em julgado.

As relações entre a personalidade e crime, a reiteração delitiva e a gravidade do delito tornaram-se o substrato discursivo mais utilizado na aplicabilidade da custódia preventiva, sobretudo para certos indivíduos etiquetados como criminosos perigosos, mesmo antes de formada a culpa.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 661.

3. A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A PERICULOSIDADE DO AGENTE

3.1 A inocuização como prevenção

A prisão como pena decorrente de condenação transitada em julgado tem como finalidade a retribuição ou a prevenção.⁴¹ Segundo o pensamento retribucionista, defendido principalmente por Kant e Hegel, a pena tem como fim fazer justiça. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de uma punição, que é a pena. Por outro lado, a teoria preventiva da pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, mas sim prevenir a sua prática. Enquanto a teoria retributiva impõe o castigo ao autor do delito porque ele delinqüiu, a teoria preventiva impõe para que não volte a delinquir.⁴²

A função preventiva da pena divide-se em prevenção geral e especial. A prevenção geral atua sobre a comunidade como um todo, fundamentando-se em duas premissas básicas: a da intimidação ou utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. É a teoria formulada inicialmente por Feuerbach. Para ele, a ameaça da pena produz no indivíduo uma motivação para não cometer delitos.⁴³

A prevenção especial atua diretamente sobre o indivíduo submetido à prisão, com o objetivo de que este não volte a delinquir. A prevenção especial positiva impõe a pena ao infrator sob um caráter ressocializador, ou seja, para que possa reeducá-lo, possibilitando a sua reinserção na sociedade. A prevenção especial negativa remete-se intimamente ao grau de periculosidade do agente. Assim, uma vez que o delinquente é um sujeito perigoso, faz-se necessário retirá-lo do meio social para evitar suas futuras e prováveis ações transgressoras das normas jurídico-penais.⁴⁴

As características da teoria da prevenção são próprias da prisão-pena e não da prisão cautelar. De tal sorte, embora a prisão preventiva, como medida cautelar que é, jamais possa assumir tais encargos, há posições doutrinárias que atribuem como funções da prisão provisória a de prevenção especial e cautelar. VARALDA dispõe:

Aponta Ibáñez que a associação entre prisão provisória e prevenção especial estabelece uma relação de funcionalidade, associando-nos à condição de justiça o valor indicador de uma periculosidade específica, justificadora da

⁴¹ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Afinal, quando é Possível a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 44, p. 71 – 85, jul./ set. 2003.

⁴² Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83.

⁴³ *Idem*, p. 90.

⁴⁴ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Op. cit.*

medida, o que representa uma finalidade de prevenção da continuidade delitiva e, ao mesmo tempo, uma função de exemplaridade.⁴⁵

Em que pese tal posicionamento, o Juiz que utiliza a prisão provisória para “servir de exemplo” não está demonstrando o caráter instrumental da tutela cautelar. Por partir da premissa inicial da culpabilidade, atribuindo ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*, o apelo à exemplaridade como critério para decretar uma custódia preventiva constitui violação ao princípio da presunção de inocência.

Da mesma forma, o discurso que procura justificar a constrição cautelar com fins de prevenção especial, acaba atribuindo à prisão provisória, aplicada com base na periculosidade do agente, caráter de medida de segurança, ainda que considerada meramente acessória às demais finalidades do instituto.⁴⁶

Ademais, a nossa jurisprudência reconhece a possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública baseada na periculosidade do agente.⁴⁷ Isto porque a prevenção especial **negativa** é a única forma de prevenção que possui caráter exclusivamente instrumental, visto que, diante da periculosidade do agente, a prisão é aplicada como instituto que impedirá o imputado de praticar novos crimes. Contudo, reitero que a utilização da prisão preventiva, sob o argumento genérico da preservação da ordem pública, revela a finalidade de prevenção que é própria da pena e não da prisão cautelar. Deste modo, a prisão preventiva desvirtua-se de sua função de prisão provisória quando assume funções de prevenção que de maneira alguma está chamada a cumprir.

3.2 O delinquente como perigo social

As ideias de prevenção especial originaram-se essencialmente com o pensamento do penalista alemão Von Liszt, em meio à crise do Estado liberal. Diante do fracasso das revoluções de 1848 e, além disso, com o avanço do desenvolvimento industrial, científico, demográfico, e o estabelecimento da produção capitalista, o binômio pena-Estado viu-se diante de um novo cenário. A inconformidade gerada na população que vivia em condições de exploração e miséria, durante a crise da era industrial, trouxe um perigo potencial para a nova

⁴⁵ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 160.

⁴⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 68.

⁴⁷ A periculosidade ocupa cerca de 50% das justificativas das decisões que decretam a prisão preventiva para garantia da ordem pública no STF, de 1931 até o ano de 2012. GOMES, Patrick Mariano. *Op. Cit.*, p. 125.

ordem estabelecida. Os conflitos gerados pelas diferenças entre empregados e empregadores transformou o Estado guardião em Estado intervencionista.⁴⁸

Nesse sentido, o interesse jurídico-penal voltou-se para a defesa da sociedade. O delito, além de representar uma violação à ordem jurídica, tornou-se um dano social, e, por tal razão o delinquente tornou-se um perigo social (um anormal) que coloca em risco a nova ordem.⁴⁹

O idealismo positivista fundamentava o aspecto intervencionista do Estado. A ciência positiva pautava a ordem, a disciplina e a organização. O controle social era feito segundo os argumentos científicos da época, isto é, de que havia homens “bons” – normais e não perigosos –, e “maus” – como homens anormais e perigosos para a sociedade. Para defender a sociedade contra os atos destes homens perigosos, eram adotadas medidas ressocializadoras ou inocuizadoras. Tais medidas pressupõem que o delinquente é anormal e deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Portanto, o que se pretende com as medidas de prevenção especial, aplicadas para o indivíduo anormal, é corrigir, ressocializar e inocuizar.⁵⁰

Incompatível seria adotar o julgamento desta prevenção especial, no qual o delinquente é considerado um homem “mau” e perigoso porque é “anormal”, pelo nosso ordenamento jurídico pautado pelo Estado Democrático de Direito e pelos princípios da Dignidade Humana e da presunção de inocência.

Atualmente, a demanda da sociedade por segurança evidencia a expectativa da coletividade quanto à utilização do direito penal com exclusiva finalidade de prevenção especial negativa.⁵¹ Com efeito, reforça-se na esfera jurídica a idéia de que o direito penal deve retirar do convívio social o indivíduo que não se encaixa nos padrões desejados pela sociedade e, por isso, deve ser excluído ou inocuizado.

Cedendo ao apelo social, a prisão preventiva vem sendo aplicada para satisfazer essas demandas. A utilização da prisão preventiva pautada na periculosidade do agente assume função de prevenção especial negativa, antecipando a pena para demonstrar uma suposta maior eficácia do sistema jurídico à população e à mídia. Com isso, a prisão passa a

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 93.

⁴⁹ *Idem*, p. 93

⁵⁰ *Ibidem*, p. 94

⁵¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Periculosidade no Direito Penal Contemporâneo*. In MENDES, Gilmar F.; BOTTINI, Pierpaolo C.; OLIVEIRA, Eugênio P. (Coords.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 424.

ser supervalorizada como principal instituto capaz de restituir a paz pública, protegendo a sociedade dos supostos delinquentes “perigosos” à ordem social.⁵²

Ao decretar uma prisão preventiva, o termo “perigoso” é usualmente atribuído pela jurisprudência para aqueles indivíduos reincidentes e com maus antecedentes. Os critérios que estabelecem o grau de periculosidade nem sempre são oriundos de um juízo de probabilidade estabelecido em função dos fatos empíricos. Como será visto adiante, na prática, dados como os antecedentes e a gravidade do delito revelam uma impressão pessoal do magistrado acerca do infrator que predomina sobre a realidade dos fatos concretos.

3.2 A fundamentação das decisões de prisão preventiva decretadas para a garantia da ordem pública.

3.2.1 A gravidade em abstrato do crime

Como já vimos, ao fundamentar uma decisão que decreta a prisão preventiva, o Magistrado deve observar: a) o *fumus comissi delicti* (prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria); b) o *periculum libertatis* (perigo que a liberdade do agente impõe à ordem pública, à devida instrução criminal e à execução da pena; e c) o princípio da proporcionalidade, ou seja, se a imposição da constrição provisória é de fato necessária e adequada, em face gravidade concreta do delito, ou se poderá ser substituída por medida menos gravosa.

O juiz deverá demonstrar os pressupostos acima descritos na motivação da decisão, nos termos do art. 5º, inciso LXI, art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal de 1988, e no art. 315 do Código de Processo Penal. Especialmente quando se trata de um provimento cautelar, a motivação deve atender à exigência de tornar claro o raciocínio desenvolvido pelo juiz para concluir que, nas circunstâncias de fato, estão presentes as hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a análise do *fumus comissi delicti* é, geralmente, sumária, superficial e não exauriente, devendo a fundamentação recair sobre a probabilidade de condenação. Trata-se, em suma, de juízo provisório acerca dos elementos probatórios.

Por outro lado, o *periculum libertatis* exige fundamentação profunda e extensa, por não ser permitida a motivação baseada em mera probabilidade ou indícios. Para GOMES

⁵² SAAD, Marta. *Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva*. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 1, n. 1, p.247-262, junho, 2013.

FILHO, a mera indicação de expressões abstratas da lei não é motivo idôneo para a decretação de uma prisão preventiva, vejamos:

Daí a absoluta insuficiência da mera indicação de fatos que justifiquem a medida ou da referência a simples suposição quanto à existência de uma das situações em que o legislador a admite: é preciso mais do que isso, valorar os fatos segundo aqueles parâmetros estabelecidos pelo legislador, indicando quais as circunstâncias concretas que fazem entender que no caso é certa, ou no mínimo verossímil, uma das situações de perigo tipificadas pelo mencionado art. 312.⁵³

Outrossim, a apreciação das circunstâncias do caso concreto, mediante análise dos elementos probatórios dos autos é essencial para a devida fundamentação da prisão, não bastando, para tanto, a mera indicação de elementos genéricos do tipo penal ou a utilização de expressões abstratas, fórmulas vazias de significado e de conteúdo, aplicáveis em qualquer situação.

A gravidade do delito foi originalmente inserida pelo legislador no nosso ordenamento jurídico com a finalidade de servir como elemento de mensuração da pena. Contudo, constitui-se hoje como argumento para manutenção do encarceramento provisório e é, em média, o segundo fundamento mais utilizado para justificar a medida constritiva no Brasil.⁵⁴

Nos autos do processo nº 2013.01.1.081078-9 [Anexo], da 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, o agente foi preso em flagrante delito, por estar supostamente praticando o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas (11.343/06). Segundo consta dos autos, o preso foi abordado por policiais militares, em via pública, no momento em que vendeu uma porção de *crack* a um usuário. Posteriormente, o flagrante foi convertido em prisão preventiva.

A grande controvérsia dessa decisão recai sobre a análise do *periculum libertatis*. O Juízo de primeiro grau afirmou ser necessária a prisão cautelar no caso concreto para garantir a ordem pública e evitar uma possível reiteração delitiva. No entanto, a decisão foi fundamentada somente em argumentos abstratos e genéricos, próprios do tipo penal, com alusões sobre os malefícios que o crime do tráfico traz para a saúde e para a segurança pública.

Ademais, o juiz destacou que o caso tratava-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, mas que a própria natureza do tipo penal é grave, equiparado a

⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 224/225.

⁵⁴ GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 126.

crime hediondo, e, por isso, a liberdade do indivíduo poderia expor a sociedade à danos e riscos. Alegou, ainda, que o delito foi materializado em via pública, denotando o destemor e audácia do autuado.

Como se vê, a gravidade do delito foi utilizada pelo Magistrado como fundamento genérico para manter o indivíduo preso. Alegar que o crime foi consumado em local público e limitar a motivação da decisão aos malefícios do tráfico não justifica a manutenção do cárcere no caso, uma vez que se trata da mera indicação da gravidade abstrata do delito, e não denota nenhuma condição excepcional que pudesse de fato gerar um temor à segurança da sociedade.⁵⁵

Nesse sentido, nos delitos de tráfico de drogas é comum encontrar decisões cuja fundamentação confunde a gravidade concreta do delito com a própria natureza da droga traficada. Isto significa que quanto maior o potencial lesivo da droga, mais grave é o delito. No caso, embora os fatos concretos fossem favoráveis ao réu e, ainda que a quantidade de entorpecentes encontrada em sua posse tenha sido pequena, a prisão foi mantida em virtude da natureza de uma das drogas apreendidas, qual seja: o *crack*. Isso demonstra que, em geral, determinados tipos de drogas mais pesadas, como o *crack*, impõem um senso mais rígido por parte dos Magistrados para permitir a concessão da liberdade ao indivíduo. Dessa forma, a probabilidade que um indivíduo acusado de traficar *crack* adquira a concessão da liberdade é muito menor do que uma pessoa acusada de traficar maconha, por exemplo.

Ademais, o processo nº 2015.01.1.079071-0 [Anexo], da 6ª Vara Criminal de Brasília, trata do caso de paciente preso em flagrante pela suposta prática do crime de roubo majorado. De forma ainda mais lacônica, o Juiz converteu o flagrante em prisão preventiva limitando-se a alegar que o crime foi cometido com violência e grave ameaça, fazendo-se necessária, portanto, a garantia da ordem pública, diante da periculosidade do agente e do *modus operandi* empregado.

Além de não ser claro acerca de qual tenha sido o *modus operandi* empregado pelo agente, bastando-se apenas a citar a expressão de forma genérica, o Juízo utilizou-se dos elementos “violência e grave ameaça”, que são próprios do tipo penal de roubo, para fundamentar a gravidade do delito. A ausência de demais circunstâncias e fundamentos aptos

⁵⁵ Sobre o tema, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que “(...) o simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao recorrente, assim como presunções abstratas sobre a ameaça à saúde pública ou o estímulo a outras práticas delitivas, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP” (STJ, RHC 29.346/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01.08.2011).

a justificar a prisão preventiva torna a fundamentação claramente inidônea por parte do Magistrado.

3.1.1 A presunção de reiteração delitiva

Ao contrário das decisões que fundamentam uma intervenção jurídica com base na comprovação e valoração de fatos passados, uma decisão que decreta a prisão cautelar, em virtude do receio de reiteração delitiva do agente, baseia-se em um juízo de prognose cujo conteúdo remete à fatos futuros.⁵⁶ Outrossim, a presunção de reiteração delitiva diz respeito à probabilidade de prática de crimes no futuro, a partir da análise da conduta passada do acusado.

De início, vale ressaltar que qualquer presunção da prática de crimes no futuro é de difícil precisão. O juízo sobre a alta probabilidade de alguém voltar a delinquir é uma mera conjectura acerca de uma conduta futura – é o que LOPES JR denomina de exercício do “direito penal do futuro”, na medida em que tem como objetivo proteger o meio social de um fato que pode vir a ocorrer.⁵⁷

Na prática, o argumento da prevenção de reiteração delitiva vem quase sempre acompanhado da gravidade do delito e da periculosidade do agente. No processo nº 2015.07.1.008881-3 [Anexo], da 1ª Vara Criminal de Taguatinga, os pacientes foram presos em flagrante pela suposta prática do crime de roubo majorado. A preventiva foi decretada para garantia da ordem pública, sob os seguintes argumentos: o delito foi praticado mediante grave ameaça contra a vítima; houve concurso de agentes com simulação de porte de arma de fogo; o ocorrido se deu via pública; e houve subtração do veículo da ofendida.

A Juíza aduziu que, diante da suposta gravidade do delito, fazia-se necessária a custódia cautelar para impedir o retorno dos réus à prática delitiva, ainda que possuíssem bons antecedentes e fossem réus primários. Alegou, ainda, que a manutenção dos réus em liberdade implicaria na perpetuação na sociedade do sentimento de impunidade, e que a coletividade não toleraria o retorno desses indivíduos ao convívio social. Ademais, com a mesma fundamentação, destacou não ser possível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP.

De pronto, observamos que vigora no discurso da decisão o forte caráter de proteção social, traduzido na necessidade de uma intervenção judicial que afaste o mal

⁵⁶SZEZ, André. *Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 111, p. 181 – 206, nov./dez. 2014.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 664.

causado pelos criminosos. No caso, para decretar a prisão cautelar, a Magistrada utilizou-se de alegações genéricas, próprias do tipo penal, para indicar uma suposta gravidade concreta do delito e embasar uma provável reiteração delitiva dos autuados, deixando transparecer a necessidade, até inconsciente, de reprimir o sentimento de impunidade na sociedade e manter a credibilidade na justiça.

Ademais, não há como fugir do fato de que a culpa foi atribuída antecipadamente aos agentes autuados depois de praticado o delito. A existência e a autoria foram dadas desde logo como certas, temendo-se que pudessem praticar novos delitos se mantidos em liberdade.

Com efeito, a presunção da prática de novos delitos por um criminoso, sem que se tenha certeza de que este praticou o crime pelo qual está sendo preso preventivamente, implica em um juízo de culpabilidade da própria medida, além de ferir os princípios constitucionais essenciais, como a presunção de inocência, o devido processo legal, etc. Nesse sentido, para LOPES JR esse diagnóstico feito sobre fatos futuros chega até a ser inconstitucional, pois, segundo ele, a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela deve permanecer intacta em relação a fatos futuros.⁵⁸

Em síntese, a probabilidade de reiteração delitiva, invocada diversas vezes na nossa jurisprudência, como motivo ensejador da decretação da prisão preventiva, faz com que a prisão cautelar atue diretamente com finalidade de prevenção especial negativa, levando à execução antecipada da pena de prisão.

O nosso sistema penal, baseado na progressão gradual e na ressocialização do criminoso, apresenta inegável contradição quando o acusado, ao cumprir pena de custódia cautelar, não pode voltar ao convívio social em razão de uma hipótese formulada sobre o seu futuro. Esse cenário incentiva não só a perenidade da pena, mas também o isolamento dos criminosos do convívio social.

3.1.2 A personalidade do réu – perigo e periculosidade do agente

A personalidade do criminoso, em conjunto com a gravidade do delito, o receio de reiteração delitiva, a credibilidade nas instituições, etc, tornaram-se os principais elementos legitimadores de um discurso que mantém a prisão cautelar de determinados indivíduos considerados perigosos.

⁵⁸ *Idem*, p. 664.

O raciocínio preponderante nas fundamentações das decisões que decretam uma prisão preventiva para garantia da ordem pública repousa, sobretudo, sobre uma concepção prévia do agente como um perigo para a sociedade, que precisa ser inocuizado para manter a segurança e a ordem pública. A questão que aqui se impõe é descobrir o que é um indivíduo perigoso e o que determina se um acusado é mais ou menos perigoso que outro?⁵⁹ Se já era complicado encontrar critérios que definissem a “ordem pública”, a discussão se complica mais ainda quando se trata de definir a “periculosidade” do agente, em razão do alto grau de abstração desse conceito.

De forma semelhante ao conceito de “ordem pública”, a “periculosidade do agente” também apresenta caráter extremamente retrógrado, porém continua sendo utilizado pela jurisprudência, sobretudo para legitimar a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

O referido conceito originou-se na Escola Positivista, do início do século XIX, em um cenário no qual o homem criminoso surgiu como um movimento de ameaça à ordem e ao equilíbrio em sociedade. O aumento dos índices de criminalidade indicava que no próprio delinqüente estava o perigo que se erguia dentro da ordem social.

BRUNO esclarece que a teoria da periculosidade nasceu dentro do binômio entre o perigo que ameaça e a sociedade que se defende. Durante anos, o pensamento positivista tentou apresentar uma definição para a teoria da periculosidade. De todos os esforços, admitiu-se a noção de estado perigoso de forma obscura e incerta, cuja configuração inicial estabeleceu-se na temibilidade de Garofalo, assim como no conceito de indivíduo perigoso de Feuerbach já tratado aqui anteriormente. A temibilidade é definida por Garofalo como: “a perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinqüente”.⁶⁰ Outro representante do pensamento positivista, Grispigni definiu a periculosidade como: “(...)a capacidade de uma pessoa de tornar-se, com probabilidade, autora de delito.”⁶¹

O pensamento positivista ainda serve para encobrir diversas injustiças e preconceitos no sistema processual penal no Brasil. A definição do conceito de periculosidade no discurso das decisões de nossos tribunais, quanto à decretação da prisão preventiva como

⁵⁹ GOMES, Patrick Mariano, *Op. cit.*, p. 129.

⁶⁰ BRUNO, Aníbal. *Teoria da perigosidade criminal*. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 3, p. 37 – 71, out. 2010.

⁶¹ *Idem*, p. 7.

forma de garantir a ordem pública, pautada na periculosidade do agente, não difere substancialmente dessas construções positivistas clássicas.

De forma majoritária, o entendimento jurisprudencial aponta que tanto a reincidência, sobretudo o risco de reiteração delitiva, quanto o *modus operandi* demonstram a periculosidade do agente e a personalidade voltada para a prática delitiva.

No processo nº 2012.13.1.005022-5 [Anexo], da Vara Criminal e Tribunal do Júri do Riacho Fundo, o acusado foi denunciado pela suposta prática do crime de homicídio. O pedido de liberdade provisória foi negado, sendo-lhe decretada a prisão preventiva, sob o fundamento de que o agente possuiria personalidade voltada para a prática criminosa e poderia voltar a praticar novos crimes, pois apresentava condenações transitadas em julgado anteriores.

Destaque-se que nenhuma circunstância do fato concreto foi analisada, pressupondo-se imediatamente que, por ser reincidente, o acusado apresentava personalidade voltada à prática delitiva e, por isso, representava um perigo para a sociedade. Outrossim, de forma análoga ao pensamento positivista, a periculosidade cuida-se da probabilidade de voltar à delinquir. É assim que a prisão preventiva para garantia da ordem pública, motivada na periculosidade do agente, atua como espécie de prevenção especial negativa.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta entendimento semelhante. No Recurso em *Habeas Corpus* nº 40.027/MG [Anexo], de relatoria da Min. Laurita Vaz, a custódia cautelar foi mantida para o Paciente que foi incurso no delito de tráfico de drogas, sob o fundamento de que o envolvimento do acusado com o tráfico, bem como a quantidade de drogas que estavam em sua posse no momento do flagrante, denotariam o possível risco de reiteração delitiva e a respectiva periculosidade.

O referido discurso, comum para os casos de tráfico, nos faz pensar que a presunção da periculosidade do agente confunde-se com o próprio tipo penal – tráfico de drogas. A personalidade do agente deriva unicamente do fato do acusado ser traficante, concomitante ao estigma do senso comum de que o uso de entorpecentes é um dos maiores causadores de mal à sociedade.

Quanto ao *modus operandi*, no RHC nº 66.813/SP [Anexo], de relatoria do Min. Felix Fischer, a periculosidade do agente foi apontada como resultado da forma pela qual o delito foi praticado (roubo em via pública com uso de arma de fogo, quando a vítima estava distraída). Aqui, a fundamentação extremamente genérica deixa ainda mais evidente que a periculosidade do agente foi discriminada em função da natureza do crime cometido por ele.

De forma ainda mais extrema, nos autos do processo n. 2015.03.1.002674-8 [Anexo], da Segunda Vara Criminal de Ceilândia, os autuados foram presos em flagrante delito, pela suposta prática do delito de roubo circunstanciado na forma tentada. O argumento apresentado para converter o flagrante em preventiva foi:

(...) a prisão para a garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, que por certo ficariam abalados com a soltura dos indiciados diante das gravíssimas circunstâncias indicativas de sua periculosidade concreta.⁶²

A constrição preventiva foi decretada sem uma menção sequer à qualquer elemento que pudesse denotar um estado de perigo, ou quais seriam as “gravíssimas circunstâncias indicativas da periculosidade concreta.” A personalidade perigosa dos agentes foi presumida com base exclusivamente no crime praticado. Não se tratam de fatores externos ou internos do caso concreto que indiquem a possibilidade de o sujeito vir a delinquir, o criminoso é perigoso pelo simples fato de ter cometido determinado crime.

Como se vê, a periculosidade nos discursos apresentados é, em geral, presumida e preconcebida com base em estereótipos e conjecturas do julgador⁶³, sobretudo diante de determinados crimes considerados “mais graves”.

Além disso, a personalidade apontada nas fundamentações aparenta ser um estado de desajustamento social do acusado, ou seja, o perigo resulta da maneira de ser particular do criminoso.

Nesse sentido, a prisão preventiva é utilizada como forma de combate ao crime, sobretudo para retirar esses indivíduos “perigosos” do convívio social, visto que não se encaixam nos padrões desejados pela sociedade.

⁶² Decisão apresentada no Processo n. 2015.03.1.002674-8 [Anexo].

⁶³ GOMES, Patrick Mariano. *Op. cit.*, p. 125.

4 O JUÍZO DE PERICULOSIDADE E O SISTEMA PENAL MODERNO

4.1 Culpabilidade e Periculosidade

Diante das elucidações anteriores, convém nesse momento apontar alguns esclarecimentos no que toca o direito penal da culpabilidade e o direito penal centrado na periculosidade, abordando as principais teorias sobre ambos e como se perpetuam no nosso moderno ordenamento jurídico.

Elementar na dogmática penal é a distinção entre direito penal de ato e direito penal de autor. No direito penal de ato, o agente é responsabilizado por uma conduta sua, ou seja, por um ato praticado. Já no direito penal de autor, não se pune o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada delitiva.⁶⁴

Segundo ZAFFARONI, o direito penal de ato é sinônimo do direito penal da culpabilidade, na medida em que, em ambas, a reprovabilidade é exercida sobre a conduta do agente. Na culpabilidade, só se admite a reprovabilidade da conduta quando se pressupõe que o sujeito tinha a opção de escolher entre praticar ou não praticar a ação, isto é, a culpabilidade pressupõe a capacidade de autodeterminação do sujeito. Portanto, o direito penal da culpabilidade é aquele que concebe o homem como pessoa.⁶⁵

De outro giro, o direito penal da periculosidade sustenta que o homem é um ser que se move por causas determinadas e não goza da possibilidade de escolha. Assim, a conduta do homem é movida essencialmente por forças da natureza, não havendo lugar para a culpabilidade. Em suma, o direito da periculosidade assemelha-se ao direito penal de autor, pois o proibido ou perigoso remete à personalidade do agente e não ao ato praticado. A conduta ilícita é apenas um indício da periculosidade que é condição própria do indivíduo.

Nesse sentido, ZAFFARONI esclarece: “(...) o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal.”⁶⁶ Outrossim, o Direito Penal que considera o homem incapaz de escolher entre o bem e o mal, e que julga a personalidade do agente, é considerado direito penal de autor.

No que tange à periculosidade, incompatível que é com o direito penal de ato, não poderá implicar na imposição da pena (prisão-pena) e, igualmente, não poderá implicar na aplicação de medidas cautelares, como a prisão preventiva.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de direito penal brasileiro volume 1: parte geral*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

⁶⁵ *Idem*, p. 108.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 110.

A periculosidade utilizada como fundamento para a prisão preventiva, decretada para garantia da ordem pública, não é instrumento de direito penal do ato. Embora os discursos da maioria de nossos tribunais aponte a periculosidade como consequência da ação, isto é, resultado da análise dos maus antecedentes, da reincidência, da probabilidade de que o agente voltará a delinquir e do *modus operandi*, ela nada mais é do que a representação do direito penal de autor.

Com efeito, a teoria da periculosidade, fundada pelo pensamento positivista criminalista, aponta que não é só o crime que indica o estado perigoso do agente. A periculosidade resulta de um conjunto de condições, entre as quais imperam as condições físicas e psíquicas – que caracterizam a personalidade do agente – e, além disso, advém também de tendências antissociais, da vida anterior e subsequente ao crime, das condições do meio familiar e social em que se formou e onde vive o suposto perigoso.⁶⁷ BRUNO aprofunda tal pensamento quando diz:

Sabemos hoje que não há um tipo de criminoso nato, como realidade antropológica, no sentido primitivo lombrosiano. Mas há condições inatas de desajustamento, de indisciplina social, de periculosidade criminal, em suma. A teoria da periculosidade teve ainda a virtude de esclarecer e completar a ideia fundamental de Lombroso, dando-lhe sentido científico e objetividade prática.⁶⁸

FERRI vai ainda mais além aduzindo que não existem delinquentes perigosos e delinquentes não perigosos, "mas todos os delinquentes, só pelo fato de haver cometido um delito, por isso só se demonstram socialmente perigosos".⁶⁹

Ao associar a garantia da ordem pública ao sujeito perigoso, o nosso Direito Processual Penal adota um paradigma etiológico, fundado no conhecimento positivista, que considera a biografia do sujeito como estigma da criminalização. É o que afirma BISSOLI FILHO:

A influência dos antecedentes e da reincidência criminal, nos processos de criminalização, decorre do paradigma etiológico em Criminologia, de concepção positivista, que é recepcionado pelo sistema penal brasileiro, e que propicia a formulação do conceito de desviado (criminoso), como sendo este produto de fatores biológicos, sociológicos e psicológicos.⁷⁰

⁶⁷ BRUNO, Aníbal. *Teoria da perigosidade criminal*. Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 3, p. 37 – 71, out. 2010.

⁶⁸ *Idem*, p. 19.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁷⁰ FILHO, Francisco Bissoli. *Estigmas da Criminalização: Dos antecedentes à reincidência Criminal*. Editora Obra Jurídica, 1998. *Apud* KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des) razão da prisão provisória : coleção pensamento crítico*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2009, p. 119.

Como demonstrado, o discurso etiológico que se refere à periculosidade e personalidade do agente é muito bem recepcionado no nosso sistema penal, sobretudo pela doutrina e jurisprudência. Para DAMÁSIO DE JESUS, a periculosidade será aferida por meio de fatores que demonstrem as condições físicas, da moral, da cultura, do ambiente, da vida familiar ou da vida social, reveladores de sua personalidade, concomitante aos antecedentes criminais, aos motivos determinantes da prática do crime e às circunstâncias do caso.⁷¹

Nessa mesma linha é o entendimento de CRUZ, ao apontar que:

(...)essa avaliação sobre a periculosidade do sujeito passivo da medida cautelar é aferida, na mor das vezes, por seu comportamento processual, **ou por seu modo de agir perante o grupo social**, a tornar necessária a restrição de sua liberdade. [...] Daí nos parece que se pode ter como válida a prisão preventiva para garantia da ordem pública (...) ante sua periculosidade, manifestada na forma de execução do crime, **ou no seu comportamento, anterior ou posterior à prática ilícita.**⁷²

Como se vê, a periculosidade como é tratada no discurso jurídico-penal muito se assemelha aos princípios do paradigma da Defesa Social positivista, na medida em que trata o criminoso perigoso como aquele que apresenta comportamento ou modo de vida “anormal”.

Quanto ao entendimento jurisprudencial, embora o julgador se esforce para demonstrar que a periculosidade do agente é proveniente de indícios ou elementos do caso concreto, acreditar que a periculosidade possa ser medida dessa forma é uma mera ficção jurídica. Na realidade, não se decreta uma prisão preventiva em função do delito de tráfico cometido ou de suas circunstâncias, a medida se impõe em função do traficante. Isto é, não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual.

Esse direito penal que se apoia no grau de periculosidade, ou na conduta de vida do acusado, se fundamenta na concepção da Escola Positivista e não é coerente com a moderna teoria do crime, fundada essencialmente na culpabilidade. Sob a ótica da Criminologia Crítica, BARATTA afirma que hoje o nosso sistema penal não se funda nas ações delituosas, consideradas abstratamente e independente da personalidade do delinquente, mas sim no próprio autor da ação e na classificação seletiva do sujeito.⁷³

⁷¹ DE JESUS, Damásio E. *O tratamento penal do condenado de escassa periculosidade*. Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais Processo Penal, vol. 6, p. 417 – 443, 2012.

⁷² CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 214, sem grifo no original.

⁷³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 39.

É evidente que punir a pessoa pelo que é e não pelo que fez configura violação aos principais direitos fundamentais consagrados na Constituição da República. Um direito que reconheça e respeite a autonomia, a liberdade e a dignidade humanas não pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente a sua conduta, afinal, o Direito é um instituto regulador da conduta humana e não da personalidade humana.

4.2 O indivíduo perigoso, o direito penal do inimigo e a seletividade penal

Como demonstrado, o pensamento positivista ainda serve para encobrir determinadas injustiças no sistema penal, sobretudo quando aplicado na decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública. A periculosidade do agente como critério para imposição da constrição cautelar pouco tem a ver com o direito penal de ato, mas muito mais com o direito penal de autor.

O sujeito “perigoso”, ou de alta periculosidade, assim considerado ontologicamente, é encarado como o inimigo que precisa ser combatido. A necessidade de se retirar do convívio social esse sujeito, que não se encaixa nos padrões socialmente aceitos, revela uma desconsideração do indivíduo como cidadão de direitos.

Como bem sintetizado por JAKOBS, o Direito Penal do Inimigo é aquele no qual se pretende combater determinados grupos sociais que, por não se obrigarem a entrar em um estado de cidadania não podem participar dos benefícios do conceito de pessoa.⁷⁴ Ou seja, é a necessidade de eliminar e conter o perigo, na medida em que se trata o ser humano como ente meramente perigoso, necessitado de contenção, sendo dele retirado seu direito de ser tratado como cidadão.

A decretação da prisão preventiva, em razão da periculosidade evidenciada na reincidência, ou na probabilidade de reiteração delitiva, demonstra reação exacerbada de combate ao inimigo por parte do ordenamento jurídico, que já puniu o sujeito pelo delito cometido no passado. O que se aduz da privação de liberdade do sujeito reincidente é a mera contenção do perigo. Essa concepção representa, segundo ZAFFARONI, o ato de enjaulamento do ente perigoso, nessa medida equiparado ao ato de contenção de um animal ou coisa perigosa.⁷⁵

⁷⁴ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Ed Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 18.

Nesse sentido, JAKOBS alega que o Direito Penal divide-se em dois pólos de regulação. O primeiro diz respeito ao tratamento do sujeito como cidadão, ocasião em que se espera a exteriorização da conduta ilícita para a atuação da justiça penal, ao passo que no segundo, o tratamento como inimigo se dá na interceptação prévia de seus atos futuros, “a quem se combate por sua periculosidade.”⁷⁶ Ora, a decretação da prisão preventiva, com a finalidade de deter o retorno do sujeito à prática delitiva, revela o tratamento do indivíduo como o inimigo que deve ser afastado do convívio social, de forma prévia, tendo em vista a periculosidade que apresenta à ordem social.

Ademais, é sobre este inimigo criminoso que recai a escolha do sistema punitivo. Identifica-se no requisito ordem pública uma opção legislativa, ainda que velada, pelo controle social do delinquente/inimigo/excluído, uma vez que o discurso que decreta uma prisão preventiva, fundada na personalidade do acusado, se abstrai da comprovação real do perigo, baseando-se na mera presunção da periculosidade do agente, a partir de um pré-julgamento punitivo vinculado à ideologias discriminatórias.

Consoante o pensamento positivista, os indivíduos perigosos são categorizados como indivíduos de responsabilidade atenuada, loucos, delinquentes, reincidentes, alcoólicos, vagabundos, mendigos, ou até “delinquentes menores de moral pervertida”.⁷⁷ Tal concepção de periculosidade está abarcada por juízos de valores delineados sobre determinada camada social. De forma similar, a periculosidade é tratada no nosso ordenamento jurídico de maneira seletiva para determinados grupos sociais.

Na pesquisa realizada por MARIANO GOMES acerca das decisões argumentativas sobre a prisão preventiva para garantia da ordem pública no Supremo Tribunal Federal, constatou-se que os pedidos de concessão da liberdade são majoritariamente⁷⁸ negados para 4 tipos penais específicos, quais sejam: homicídio qualificado, tráfico de drogas, crimes patrimoniais com violência e patrimoniais sem violência.⁷⁹ Os dados apontam para a opção do julgador em favorecer a punição antecipada à determinados inimigos da ordem pública: o traficante, o ladrão, o homicida. Esse fato

⁷⁶ JAKOBS, Gunther. *Op cit*, p. 37.

⁷⁷ BRUNO, Aníbal. *Op. cit*, p. 6.

⁷⁸ 80% dos pedidos de concessão da ordem de *habeas corpus* foram denegados para os crimes de tráfico; 80,3% para os de homicídio; 78,9% para os crimes contra o patrimônio com emprego de violência e 77,8% para os crimes contra o patrimônio sem emprego de violência.

⁷⁹ GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 123.

evidencia a seletividade e a estigmatização que essas condutas sofrem diante do poder discricionário do juiz.

Como se sabe, hoje a situação da população vítima do nosso sistema penal é de extrema carência. Isso porque a maioria dos réus é pobre, humilde e favelada, sendo certo ao julgador a presunção de periculosidade, violência, reiteração delitiva. Por este motivo, a constrição preventiva viabiliza-se com a finalidade de controle social do marginalizado, uma vez que “deve o Estado munir-se de instrumentos de atuação na persecução penal e na execução penal, independente da ação coercitiva sobre o acusado.”⁸⁰

Dessa forma, na medida em que a população de classe mais baixa é estereotipada como mais perigosa e, por tal razão, torna-se o perigo (inimigo) que deve ser combatido, os órgãos julgadores tendem à procurar a verdadeira criminalidade nesses estratos sociais, pois, para eles, é normal esperá-la nesses grupos sociais – daí vem o receio de que o acusado, em liberdade, voltará a delinquir.

Nesse sentido, a Criminologia Crítica aponta que algumas pesquisas têm colocado em destaque as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos de diferentes classes sociais.⁸¹ É pertinente a observação de BARATTA quando aduz que tal fato:

(...) leva os juízes, inconscientemente, a tendência de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa), quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado)⁸²

Mais especificamente, SANGUINÉ aponta que, no nosso sistema penal, a questão da prisão cautelar é, acima de tudo, uma questão de classe social, que influencia desde os órgãos investigadores até os órgãos judiciais:

Ao que parece, os fatores demográficos e sociológicos projetam uma série de estereótipos que se introduzirão normativamente na regulação dos requisitos para decretar ou denegar a prisão provisória, como os antecedentes, a periculosidade, o status de desempregado etc., que vão influenciar a praxe das agências de controle social (Polícia, Promotores e Juízes), **guiados pelas "teorias de todos os dias", de maneira que atuem seletivamente segundo a classe a que pertence o imputado ou seu papel social e, por sua vez, influenciando, juntamente com a opinião pública e os meios de comunicação, as decisões dos juízes e tribunais. Portanto, a prisão provisória envolve uma questão de classe social, porque o sistema jurídico a utiliza como um meio de gestão da indigência, recaindo com mais frequência sobre as pessoas de baixo status social.**⁸³

⁸⁰ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des) razão da prisão provisória : coleção pensamento crítico*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2009, p. 124.

⁸¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 177.

⁸² *Idem*, p. 177.

⁸³ SANGUINÉ, Odoné. *Efeitos perversos da prisão cautelar*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, p. 289 – 335, set./out. 2010, sem grifo no original.

Essa situação que diferencia o tratamento do uso da custódia cautelar entre crimes praticados por ricos e crimes praticados por pobres é inconcebível, sobretudo diante do princípio da igualdade acolhido pelo nosso Estado Democrático de Direito.

Mas, mais do que a prisão provisória não poderá constituir uma sanção de carências sociais voltadas à grupos vulneráveis, que estão expostos à exclusão e marginalização pela sociedade, não poderá servir, da mesma forma, como aparato punitivo das classes sociais mais altas. O que precisa ser evitado é a banalização da prisão preventiva de forma geral, para todas as classes sociais.

Embora recentemente passou-se a ver com maior frequência a decretação da constrição preventiva para garantia da ordem pública nos crimes de colarinho branco, tal fato não representa nenhum tipo de “avanço democrático” como alguns costumam dizer.⁸⁴ Pelo contrário, o “escrachamento” público, promovido sobretudo pela mídia, agora não se orienta somente contra os excluídos e marginalizados, mas também contra determinadas figuras, sobretudo políticos ou grandes empresários do cenário nacional.

Diante da opinião pública e do alarde causado pelos meios de comunicação, os abusos praticados contra a população pobre passaram a ser legitimados quando praticados contra esses novos criminosos, que também assumiram o papel de inimigos da sociedade. Assim, segundo TORON:

Com a aparição dos *novos* personagens do mundo do crime, os abusos praticados contra os pobres que antes eram objeto de viva repulsa por parte da esquerda e de entidades civis, passaram a ser não apenas tolerados, como, de certa forma, incentivados. Assim, prisões são requeridas e decretadas amiúde, empresários e homens de governo são linchados publicamente, mesmo que se trate de meros suspeitos. (...) Por outras palavras, o que ontem se combateu como opressão dirigida aos segmentos desfavorecidos, porque afrontoso aos direitos humanos, não pode, perversamente, vir validado e aplaudido hoje, como se fosse a democratização do direito penal⁸⁵ ou da cobertura da imprensa, que agora também atinge os ricos

A identificação desses “novos infratores” como inimigos representa *in concreto* a extensão da banalização da prisão preventiva para garantia da ordem pública baseada na periculosidade do agente.

Em suma, a seletividade do sistema penal opera-se pela opção de punição de determinadas condutas e concretiza-se com a banalização da prisão preventiva. É a partir da

⁸⁴ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Op. cit.*, e CRUZ, Rogério SCHIETTI. *Op. cit.*, p. 27.

⁸⁵ TORON, Alberto Zacharias. *Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, p.263-264, out./dez. 2001. *Apud* ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Op. cit.*

concepção de que a segurança pública só será alcançada mediante uma guerra ao delinquente, isto é, ao inimigo, que a prisão preventiva se banaliza, atuando por filtros, selecionando somente determinados indivíduos, vistos como perigosos, para manter no cárcere.

Por fim, percebe-se que o verdadeiro avanço democrático só virá quando se restringir a constrição preventiva igualmente para todas as classes sociais, aos casos autorizados expressamente por lei e quando o fundamento da prisão for compatível com os princípios penais essenciais do direito penal de ato e não de autor.

4.3 A prisão preventiva para garantia da ordem pública, a periculosidade do agente e a antecipação da pena

O direito constitucional de liberdade, dentro de um Estado Democrático de Direito, exige que se aguarde o devido processo legal para que, havendo condenação, o réu possa ser preso. Dito isso, em tese, a restrição à liberdade oriunda de uma prisão cautelar aplicada antes do trânsito em julgado da sentença seria incompatível com o moderno Estado de Direito, amparado pela presunção de inocência e demais garantias constitucionais. Na prática, porém, a aplicação da prisão pode ser feita antes da condenação, uma vez que se legitima diante da instrumentalidade e provisoriedade da custódia cautelar que, diante da comprovada necessidade, será aplicada com a finalidade exclusiva de resguardar o processo de conhecimento.⁸⁶

Contudo, no nosso ordenamento jurídico, difícil é a coexistência entre a prisão cautelar e a presunção de inocência. É recorrente o argumento de que a prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública possui finalidade diversa da cautelar, sobretudo porque fundamenta-se em conceitos genéricos e abstratos. Por tais motivos, a restrição da liberdade do réu determinada pela custódia preventiva acarretaria no reconhecimento da culpabilidade antes da condenação, rompendo com o princípio da presunção de inocência e demais princípios e disposições constitucionais.

Por outro lado, há quem afirme que a prisão preventiva, se aplicada com base em elementos do caso concreto, não antecipa a punição do réu, mantendo-se, afinal, fiel à sua natureza jurídica provisória e instrumental. De qualquer forma, segundo tal entendimento, seria possível restringir o princípio da presunção de inocência diante da prevalência do interesse público sobre o privado.⁸⁷ Assim, o interesse de garantir segurança à ordem pública

⁸⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Júris, 2011, p.669.

⁸⁷ CRUZ, Rogério Schietti. *Op. cit.*, p. 200.

prevaleceria sobre o interesse de garantir ao réu o direito de responder ao processo em liberdade.

Nesse sentido, para CRUZ, é constitucionalmente possível a restrição da presunção de inocência do acusado aplicada à custódia preventiva, sem ofensa ao núcleo essencial do princípio, “nos casos de perigo substancial do suspeito ou acusado constatado pela gravidade do crime praticado, cuja magnitude da lesão acarrete grave repercussão social.”⁸⁸

Corroborando com tal entendimento, a Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça aduz que a exigência da prisão provisória não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.⁸⁹ Verifica-se, então, que *a priori* a restrição de liberdade causada por prisão cautelar instrumental não seria incompatível com a afirmação da presunção de inocência, desde que a medida provisória não seja imposta com fins de antecipação da punição.⁹⁰ Quanto à prisão preventiva especificamente, as restrições aos direitos fundamentais do réu preso só podem ser admitidas conforme a finalidade do encarceramento.

Contudo, não obstante a restrição da presunção de inocência diante da prevalência do interesse público tenha reconhecimento constitucional, na realidade prática, a finalidade da prisão preventiva foge de sua natureza jurídica cautelar e provisória, tendo em vista que o discurso jurídico-penal legitimador, ainda que de forma velada, volta-se para a exclusão social do acusado com a finalidade de assegurar a manutenção de uma ordem social.

A leitura dogmática e etiológica do discurso jurídico-penal que decreta a prisão preventiva para garantia da ordem pública, sobretudo fundamentada na periculosidade do agente, tenta encobrir uma ideologia de dominação que amplia a desigualdade social. Os critérios de aferição de um suposto perigo substancial do suspeito repousam não na gravidade *in concreto* do delito, mas sim sobre um juízo de periculosidade cuja essência é estabelecida em função de estereótipos e idiosincrasias, reveladoras de uma impressão pessoal do julgador acerca do réu que, na grande maioria das vezes, é pessoa pobre. Essas apreciações subjetivas e emocionais do magistrado legitimam ainda mais a exclusão do indivíduo marginalizado do convívio social e são inconciliáveis com a certeza do direito e a garantia do sujeito de ser tratado como inocente até uma possível condenação transitada em julgado.

⁸⁸ *Idem*, p. 239 e p. 245.

⁸⁹ Súmula nº 9 STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

⁹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 70.

Nesse sentido, como principal fundamento para a decretação da prisão preventiva, a relação entre periculosidade/personalidade do delinquente e o crime é pressuposta para determinados indivíduos, etiquetados como perigosos, que precisam ser inocuizados a fim de manter a ordem social, mesmo antes de formada a culpa. Isso porque o nosso sistema de justiça criminal está caracterizado por uma sucessão de filtros, em que cada fase do processo representa um filtro decisivo na determinação da culpa do réu. Diante desse cenário, a prisão preventiva atua como uma dessas fases, e a sua banalização acaba invertendo a lógica do princípio da presunção de inocência, acima de tudo porque é governada por esses mecanismos predeterminados que formam a culpabilidade do agente de forma antecipada e seletiva.

Nessa linha de raciocínio, a custódia preventiva, instaurada nos casos em que o autor já é pré-selecionado ao cárcere passa a ser utilizada como mecanismo de punição antecipada dos “inimigos” da sociedade. Até porque, para o Direito Penal do Inimigo, se o indivíduo é visto como inimigo, não é contemplado como cidadão e, nessa medida, carece de medidas protetivas sobre sua condição de inocente, visto que não é sequer considerado como uma pessoa detentora de direitos.

Assim, como aduz JAKOBS “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.”⁹¹ O processo penal, quando permite a aplicação da prisão preventiva para indivíduos encarados como inimigos que precisam ser combatidos, abandona a sua função de garantidor de direitos diante do poder punitivo do Estado.

Ademais, ainda sobre o discurso que procura justificar a prisão cautelar na garantia da ordem pública e na periculosidade, vale mencionar que o fundamento da necessidade de se evitar a prática de novos crimes se funda na prevenção especial negativa, finalidade que, por sua vez, é exclusiva da pena.

Pois bem, observa-se a tendência da jurisprudência de considerar infrações anteriores como fatos reveladores da periculosidade do agente, bem como de sua propensão ao crime. Nesse entendimento, diante dos maus antecedentes e da reincidência, a prisão preventiva para garantia da ordem pública torna-se praticamente obrigatória e, como consequência, apresenta uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer a prevenção pela repressão, medida esta que não lhe é cabível enquanto medida cautelar.

⁹¹ JAKOBS, Gunther. *Op. cit.*, p. 36.

Outrossim, ao adotar fins de prevenção especial negativa, a constrição preventiva distancia-se de sua natureza jurídica e atua como forma de privação da liberdade adotada como medida de segurança voltada à defesa social.⁹²

Nessa linha, é relevante ressaltar ainda que, em média, 30% das prisões preventivas para garantia da ordem pública são declaradas sob o argumento de que, diante da periculosidade do agente, a constrição cautelar revela-se imprescindível para se evitar a prática de novos crimes. Como bem apontado por MARIANO GOMES:

Em 30% das decisões analisadas, o argumento utilizado pelos ministros foi o de se evitar a prática de novos crimes. Aqui se desnuda outra função latente da medida cautelar que é a de antecipar a pena. Um sistema de controle, exercido por meio da prisão, em que quase um 1/3 dos casos é baseado na suposição de que em liberdade o acusado vá praticar outros delitos, é um sistema falido.⁹³

Como se vê, essa necessidade que se impõe ao julgador de garantir a segurança da sociedade, por meio da aplicação da prisão cautelar, denota a própria incompetência do sistema penal em adotar medidas adequadas e efetivas que possam resolver o problema da violência. Nesse contexto, é evidente que a prisão preventiva não tem o condão de “restaurar a credibilidade na justiça” ou “combater a sensação de impunidade”, como diversas vezes alega-se nos discursos dos magistrados. A constrição cautelar decretada sob esses termos se presta para intimidar o outro, servindo de “exemplo” e até como ameaça de “castigo” para determinadas condutas que, aos olhos da sociedade, não podem ficar impunes.

Portanto, à sombra de tais fundamentos repressores, a custódia provisória é utilizada sob a nítida função preventiva geral, típica da finalidade da pena de prisão, e aplica-se como efeito que vai satisfazer o sentimento de “justiça sendo feita” perante a sociedade⁹⁴ sem, contudo, ater-se às garantias do sujeito, tal qual ao princípio da não culpabilidade. A gravidade dessa situação é muito bem demonstrada por Gomes Filho ao afirmar que:

O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*.⁹⁵

Ademais, o tratamento que a prisão preventiva vem recebendo no dia-a-dia do sistema penal revela seu caráter autoritário e punitivo, servindo não como instrumento que

⁹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 67.

⁹³ GOMES, Patrick Mariano. *Op. cit.*, p. 125.

⁹⁴ SAAD, Marta. *Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva*. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 1, n. 1, p. 247-262, junho, 2013.

⁹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Op. cit.*, p. 68.

garante o efetivo desenrolar do processo, mas sim como medida que impõe medo e desconfiança ao inocente diante do Poder Judiciário. FERRAJOLI se posiciona nesse sentido:

(...) o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer o juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.⁹⁶

Diante do que foi exposto, observa-se que, em síntese, quando se tem em conta a referência à periculosidade do agente, na medida em que consideradas características pessoais deste para a decretação da custódia preventiva acautelatória da ordem pública, o julgador parte de dados emotivos, instáveis, subjetivos e sujeitos à manipulações que impõem à sua consciência, especialmente diante de pressões sociais, uma medida próxima à idéia de justiça sumária e seletiva.

Nesses termos, o discurso jurídico-penal que decreta uma prisão preventiva para garantia da ordem pública diante da periculosidade do agente revela, acima de tudo, a finalidade repressora dessa custódia cautelar, em que se pressupõe a culpa do agente de forma sumária e antecipada, em detrimento do princípio da presunção de inocência abarcado pelo nosso moderno Estado Democrático de Direito⁹⁷

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Op. cit.*, p. 68.

CONCLUSÃO

O Brasil, como República Federativa, funda-se em Estado Democrático de Direito assentado na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, tendo como pilar central a proteção da dignidade humana.

O Direito Processual Penal, em um regime democrático, deve ser delineado a partir da concretização dos direitos e garantias expressos na Constituição Federal. Assim, uma jurisdição eficaz exige juiz independente e imparcial, à luz do princípio do juiz natural, bem como a garantia constitucional da fundamentação das decisões, o devido processo legal, a presunção de inocência, a igualdade de todos perante a lei, entre outras. É diante de tais garantias e da mínima intervenção penal, que a restrição à liberdade configura-se como medida excepcional, utilizada com a máxima cautela e como *ultima ratio*.

Ao longo da nossa História, a prisão e o Direito Processual Penal desempenharam papéis decisivos na punição de sujeitos etiquetados como inimigos do Estado, utilizando-se, para tanto, do conceito vago e impreciso de ordem pública. A manutenção dessa herança autoritária até os dias de hoje se legitimou com a utilização da prisão preventiva para garantia da ordem pública, sobretudo pautada na periculosidade do agente.

Atualmente, a prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública é o principal fundamento utilizado para a decretação dessa custódia. Mais especificamente, a periculosidade do agente revelada pelo *modus operandi*, assim como a gravidade do crime e o receio de reiteração delitiva são os principais argumentos apontados no discurso jurídico-penal justificador da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

De forma isolada, a periculosidade do agente ocupa quase 50% das justificativas. O conceito indefinido e abstrato de ordem pública encontrou na periculosidade do agente a complementação ideal para a argumentação. Na falta de pressupostos concretos e objetivos na legislação para a decretação da prisão preventiva, o julgador, para apontar a periculosidade do réu e justificar as decisões, faz uso de idiossincrasias, estereótipos e conjecturas, os quais, por sua vez, assemelham-se muito aos postulados da Escola Positiva de defesa social contra determinados indivíduos perigosos, “maus” ou “anormais”.

Em tempo, a gravidade do delito, atrelada à periculosidade, não é apontada nas decisões dos tribunais com base em circunstâncias do caso concreto, mas sim em argumentos genéricos próprios do tipo penal e, muitas vezes, a gravidade *in abstrato* serve como evidência da personalidade do agente voltada para o crime. Ainda nesse sentido, as decisões se apropriam do receio de reiteração delitiva para expor uma suposta periculosidade do

agente, mesmo nos casos em que o sujeito não apresenta sequer maus antecedentes ou reincidência.

O que se vê na prática judiciária é que existe um pré-conceito do julgador sobre determinadas condutas, na medida em que somente alguns tipos penais são selecionados. A maioria das condutas, alvo de decretação da custódia preventiva, são os crimes de tráfico, crimes contra o patrimônio, sem e com emprego de violência, e crimes contra a vida. Na medida em que a grande parte dos sujeitos que praticam esses delitos possuem o estereótipo de pobres ou favelados, são etiquetados como mais perigosos e tornam-se inimigos da ordem social. Em outras palavras, os inimigos são traficantes, “ladrões” ou homicidas, que precisam ser afastados do convívio em sociedade a fim de manter a ordem social.

É nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica o exercício arbitrário da aplicação da prisão preventiva. A periculosidade do agente é utilizada como justificativa genérica para um paradigma existente por detrás do discurso jurídico. Nesses termos, a custódia preventiva se afasta de sua função cautelar e se aproxima da função punitiva, que não lhe cabe, antecipando a pena do réu em detrimento do princípio da presunção de inocência.

Ademais, identifica-se no conceito de ordem pública, como pressuposto do *periculum libertatis*, uma outra forma dissimulada de controle social.

Com efeito, a prisão preventiva é, por muitas vezes, considerada como o instituto responsável por manter a paz social, até como forma de conter os anseios sociais por punição. Ou seja, o tratamento que é dado à prisão preventiva atualmente confunde a própria aplicação dessa medida cautelar com uma política pública de combate à violência e criminalidade. Diante disso, a constrição cautelar acaba sendo utilizada como um instituto punitivo cuja essência reside em uma falsa idéia de eficácia no combate à criminalidade e na guerra contra os inimigos.

O encarceramento massivo passa a ser apresentado como uma maneira eficaz de segregar grupos sociais problemáticos. Deixando de lado elementos que serviam como justificativas do cárcere (como a função ressocializadora da pena), a prisão, sobretudo a preventiva, passa a ser aplicada na prática, tanto para a satisfação do sentimento de retribuição social do delito, quanto para o controle do risco social provocado pelos indivíduos “perigosos”, combatendo, assim, o perigo que representam com o confinamento.

Para se decretar uma prisão preventiva, considerar a personalidade e demais características pessoais do agente como justificativas fere os principais direitos e garantias constitucionais do réu, protegidos por um Estado Democrático de Direito. Isso não significa dizer que a prisão preventiva é, por si só, inconstitucional, significa, porém, que a forma como

é aplicada hoje nos tribunais corrobora com uma prática jurídica antidemocrática que pune o sujeito por sua personalidade, sem culpa formada, evidenciando a incongruência legal desse discurso com o direito penal da culpabilidade em que se funda o Estado Moderno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Afinal, quando é Possível a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 44, p. 71 – 85, jul./ set. 2003.

BRUNO, Aníbal. *Teoria da perigosidade criminal*. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 3, p. 37 – 71, out. 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, volume I*. São Paulo: Saraiva, 2007,

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DE JESUS, Damásio E. *O tratamento penal do condenado de escassa periculosidade*. Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais Processo Penal, vol. 6, p. 417 – 443, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Francisco Bissoli. *Estigmas da Criminalização: Dos antecedentes à reincidência Criminal*. Editora Obra Jurídica, 1998.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Periculosidade no Direito Penal Contemporâneo*. In MENDES, Gilmar F.; BOTTINI, Pierpaolo C.; OLIVEIRA, Eugênio P. (Coords.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

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

Saraiva, 1991.

_____. *A motivação das decisões penais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des) razão da prisão provisória : coleção pensamento crítico*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZON, Cassiano. *A Fundamentação das Decisões Judiciais e a Prisão Preventiva*, 2011, Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC. São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAAD, Marta. *Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva*. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 1, n. 1, p.247-262, junho, 2013.

SANGUINÉ, Odoné. *Efeitos perversos da prisão cautelar*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, p. 289 – 335, set./out. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. De Oliveira, 2001.

SZEZ, André. *Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 111, p. 181 – 206, nov./dez. 2014.

TORON, Alberto Zacharias. *Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, p.263-264, out./dez. 2001.

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de direito penal brasileiro volume 1: parte geral*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2011.

_____ *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Ed Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

ANEXOS

Circunscrição : 1 - BRASÍLIA

Processo : 2013.01.1.081078-9

Vara : 604 - QUARTA VARA DE ENTORPECENTES DO DISTRITO FEDERAL

Decisão Interlocutória

Trata-se de prisão em flagrante de PAULIN PEREIRA DOS SANTOS, ocorrida aos 06/06/2013, pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/2006.

Passo à análise do flagrante, para deliberação nos termos do art. 310 do CPP, com a redação da Lei nº 12.403/2011.

Do que é possível depreender do auto de prisão em flagrante, o ora autuado foi surpreendido por policiais militares, em via pública, no exato momento em que vendeu uma porção de crack a um suposto usuário, posteriormente identificado como LINDOMAR DOS SANTOS COSTA.

Realizada a abordagem de ambos, foi encontrada, com o usuário LINDOMAR, uma porção de crack, que o mesmo disse ter acabado de adquirir do autuado.

Já com o autuado PAULIN, os agentes apreenderam uma porção e um cigarro de maconha, além de porções de crack que o mesmo havia escondido em uma árvore próxima ao local da abordagem.

Conduzidos até a delegacia, o autuado confessou que estava vendendo drogas no local, enquanto o usuário LINDOMAR confirmou a transação presenciada pelos policiais.

Dito isso, tenho que o auto de prisão em flagrante foi lavrado em conformidade com as disposições constitucionais e legais relativas à matéria.

Os indícios presentes no referido auto são suficientes para demonstrar, em tese, que o autuado estaria realizando o tráfico ilícito de entorpecentes, o que configura a suposta prática do crime previsto nos art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/2006, mostrando-se correta, em princípio, a capitulação levada a efeito pela Autoridade Policial.

Assim, revestido o auto prisional das formalidades que se lhe exigem, não se há falar em ilegalidade, e, por conseguinte, em relaxamento de prisão.

Da mesma forma, também não há, 'in casu', a possibilidade de se conceder liberdade

provisória ao autuado.

Isso porque, sob a perspectiva do acima relatado, estão devidamente demonstrados os pressupostos para a prisão preventiva, quais sejam, indícios de autoria e materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em tese, praticado pelo autuado, além de um de seus requisitos objetivos, é dizer, suposta prática de crime cuja pena máxima prevista é superior a quatro (04) anos (art. 313, I, do CPP). Enfim, também se vislumbra a presença de alguns de seus fundamentos, constantes no art. 312 do CPP (ameaça à ordem pública ou econômica, à instrução processual ou à garantia da aplicação da lei penal, quando insuficientes e inadequadas outras cautelares previstas em lei).

Com efeito, trata-se o tráfico de drogas de crime de especial gravidade, equiparado a hediondo e de particular repercussão social, vez que fomenta a criminalidade e compromete sobremaneira a saúde e a segurança públicas, sendo, ademais, insuscetível de liberdade provisória, em razão da vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

A propósito, ressalte-se que o eg. TJDF, em diversas oportunidades, já decidiu que incabível a liberdade provisória aos acusados de tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente da modificação trazida pela Lei nº 11.464/2007, haja vista que a Lei de Drogas, em razão de ser especial, e conter disposição expressa quanto à proibição ao deferimento da liberdade provisória nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, não poderia ser derogada por lei geral posterior.

Todavia, apesar da Lei nº 11.464/2007, de caráter geral, não ter derogado o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, de caráter especial, infere-se que os Tribunais Superiores têm flexibilizado o rigor do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, valendo consignar que o col. STF, em recente decisão, declarou de forma incidental a inconstitucionalidade das expressões "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, e "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não sendo, pois, razoável a manutenção da prisão cautelar sem análise das especificidades de cada caso (Informativo 598/STF).

Assim, no caso, apesar de tratar-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, verifica-se que a natureza do crime, a forma com que foi perpetrado, em plena via pública, a denotar o destemor e a audácia do autuado, provavelmente amparado em errônea sensação de impunidade, autorizam concluir pela necessidade de manutenção da prisão cautelar como forma de garantir-se a ordem pública e evitar reiteração de atos análogos.

Por derradeiro, na esteira das modificações introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, quanto à possibilidade de aplicação das medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP, reputo

inadequadas ou incabíveis (incisos VI a VIII) e insuficientes ou inócuas (incisos I a V, e IX) para a garantia da ordem pública, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, eis que a respectiva aplicação implicaria resposta muito aquém à necessária para resguardar os bens jurídicos (saúde e segurança públicas) afrontados com a prática delitiva; com efeito, a gravidade do delito supostamente perpetrado, equiparado a hediondo, gerando consideráveis malefícios à saúde e, por conseguinte, à segurança pública, expondo toda a sociedade a danos concretos e riscos iminentes, não autoriza a liberação do conduzido.

Ora, o delito restou materializado em plena via pública, de sorte que, eventualmente liberado, o autuado retornaria ao ambiente em que alegadamente perpetrado o crime, implicando em alta probabilidade de reiteração da conduta.

Ante o exposto, presentes os pressupostos e os fundamentos, bem como as condições de admissibilidade (art. 312 e 313, I e II, do CPP) da prisão cautelar, CONVERTO a prisão de PAULIN PEREIRA DOS SANTOS em preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP.

Expeça-se o competente MANDADO DE CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA.

Dê-se vista ao Ministério Público. Intimem-se.

Oficie-se ao presídio, comunicando a conversão do flagrante em prisão preventiva.

Aguarde-se o Inquérito Policial, procedendo-se à juntada nestes autos.

Brasília - DF, segunda-feira, 10/06/2013 às 17h01.

Circunscrição : 1 – BRASÍLIA

Processo : 2015.01.1.079071-0

Vara : 306 - SEXTA VARA CRIMINAL DE BRASÍLIA

DECISÃO

Trata-se de Comunicação de Prisão em Flagrante de MAICON ALVES DA SILVA, natural de Brasília-DF, nascido em 07.04.1987, filho de João Luiz Vieira da Silva e Maria do Carmo Alves de Almeida, RG 2894619 - SSP/DF pela suposta prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Auto de Prisão em Flagrante, folha de antecedentes penais acostadas às 02/31.

É o relatório. Decido.

O fato retratado no Auto de Prisão em Flagrante caracteriza flagrante delito, conforme artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. Foi lavrado com a observância das formalidades legais, não havendo nenhuma ilegalidade a ser reparada por este Juízo.

Assim, à vista da sua legalidade, HOMOLOGO a prisão em flagrante.

Inicialmente anoto que diante das novas disposições processuais penais trazidas pela Lei 12.403/11, a prisão em flagrante é considerada legítima se atendidos seus requisitos, porém precária, pois condicionada sua apreciação pelo Juiz, em 24 horas; a partir daí, o autuado só permanecerá no cárcere caso seja convertido o flagrante em prisão preventiva pela presença de seus requisitos, bem como pela insuficiência ou ineficiência de medida cautelar em substituição.

Nesse passo, os requisitos da prisão preventiva estão previstos nos arts. 312 e 313 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 12.403/11, dividindo-se em condições de admissibilidade, pressupostos e fundamentos, sendo que somente na presença de uma das hipóteses do primeiro requisito (condições de admissibilidade, art. 313 do CPP) se analisa o segundo (pressupostos - art. 312, 'caput', 'fine', do CPP) e, somente na presença dos dois primeiros se chega a análise do terceiro (fundamentos, art. 312, 'caput', primeira parte, do CPP).

No caso, presentes os indícios de autoria e materialidade, e revestido o Auto de Prisão em Flagrante das formalidades legais, não havendo, pois, que se falar em relaxamento de prisão - sendo, ao revés, caso de dilação probatória para elucidação das circunstâncias que cercam o ilícito -, verifico, ainda, que a situação que se apresenta indica a presença dos fundamentos da prisão preventiva.

Nessa linha, quanto às condições de admissibilidade da prisão preventiva, observa-se que a pena máxima abstratamente prevista ao delito imputado ao indiciado neste flagrante é superior a quatro (04) anos.

De igual forma, deflui dos autos a presença dos pressupostos da prisão preventiva - indícios de autoria e certeza da materialidade, pois foi reconhecido pela vítima. A prova colacionada nos autos do APF aponta o indiciado como autor, em princípio, de crime de roubo majorado.

Diante da presença das condições de admissibilidade e dos pressupostos, se faz necessária a análise dos fundamentos da prisão preventiva (art. 312, primeira parte, do CPP), sendo que, diga-se, ao menos um deles está presente, qual seja, a necessidade de garantia da ordem pública, impondo-se, pois, a custódia do indiciado a fim de evitar a prática de novos crimes, emprestando-se efetividade ao efeito preventivo da sanção penal e evitando que se impere na sociedade o sentimento de impunidade do ilícito penal.

A prisão preventiva é medida que se inclui no gênero das prisões cautelares, que têm como finalidade garantir o exercício da pretensão punitiva estatal, desde as investigações preliminares até a final aplicação da lei penal. Não pode ser confundida, portanto, com efetivo cumprimento de pena, por ser inadmissível a antecipação da sanção penal no atual regime constitucional, em que se tem como fundamento o princípio da não-culpabilidade.

No caso, o crime foi cometido com violência e grave ameaça, verificando-se irrefutável a necessidade de garantir a ordem pública, tendo em vista a evidente periculosidade do autuado, em especial pelo 'modus operandi' empregado.

Ademais, consta das declarações do policial condutor que em São Sebastião, houve informação de que outro crime teria sido realizado em uma escola da localidade, em que teria sido utilizado o mesmo veículo do acusado.

Autoriza-se, assim, a prisão para se evitar que, solto, volte a cometer crimes antes do julgamento da ação penal.

Por sua vez, as mesmas circunstâncias e fundamentos acima delineados demonstram que a aplicação de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, dentre aquelas previstas no art. 319 do CPP ou mesmo atípicas, seria providência inócua e que não serviria para impedir a reiteração em crimes, notadamente patrimoniais

Ante o exposto, CONVERTO a prisão em flagrante e DECRETO a PRISÃO PREVENTIVA de MAICON ALVES DA SILVA, já qualificado nos autos, com fulcro nos arts. 310, II, 312 e 313 do CPP.

Expeça-se MANDADO DE PRISÃO, cuja cópia deverá ser encaminhada à respectiva unidade prisional onde o auto se encontra recolhido.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília - DF, terça-feira, 14/07/2015 às 19h01.

Circunscrição : 7 - TAGUATINGA

Processo : 2015.07.1.008881-3

Vara : 301 - PRIMEIRA VARA CRIMINAL DE TAGUATINGA

DECISÃO

Trata-se de crime de roubo majorado, com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos (C.P.P., art. 313, I), praticado mediante grave ameaça contra a vítima, em concurso de agentes e com simulação de portar arma de fogo, em plena via pública, tendo subtraído o veículo da ofendida, o que, em si revela a gravidade concreta do crime e, conseqüentemente, a necessidade e a adequação da custódia cautelar dos autuados (C.P.P., art. 282, I e II), impondo-se, pois, promover a garantia da ordem pública justamente para que se evite a prática de outros crimes, impeça os próprios presos a cometerem outros delitos, dê efetividade ao efeito preventivo da sanção penal e permita que não se impere na sociedade o sentimento de impunidade do ilícito penal, pois ela não se permite tolerar o retorno dos indiciados a seu convívio, ao menos temporariamente.

Em que pese os autuados serem primários, a gravidade concreta dos fatos revelam a periculosidade dos agentes. Assim, necessária a prisão preventiva a fim de assegurar a paz social e evitar que retornem à prática delitiva de natureza grave.

Há prova da materialidade do crime e indícios suficientes de que os indiciados sejam os autores, pois assim o indica os policiais que efetuaram a prisão e a vítima, a qual, inclusive, os reconheceu, com absoluta segurança e presteza, como sendo os responsáveis pela ação delituosa.

Frise-se, no mais, não haver, ao menos em juízo preliminar, qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade (C.P.P., art. 314). Verifico, também, que o crime em questão não admite transação penal ou suspensão condicional do processo. Além disso, constato que a substituição da prisão por outra medida cautelar diversa não produzirá idêntico efeito preventivo e repressivo do encarceramento, isto é, evitar a prática de outros crimes.

Por fim, pelos fundamentos acima expostos, a segregação provisória se impõe, no caso

concreto, sobre outras medidas cautelares diversas da prisão (C.P.P., art. 319), justamente por seu caráter excepcional, sendo o único meio, nesta fase, de garantir a ordem pública.

Isto posto, homologo a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva.

Expeçam-se os respectivos mandados de prisão preventiva em desfavor dos autuados.

Aguarde-se o encaminhamento do inquérito policial pela autoridade policial, remetendo-o, em seguida, à análise do Ministério Público na qualidade de titular da ação penal, para as providências de direito.

Taguatinga - DF, terça-feira, 24/03/2015 às 16h46.

Circunscrição : 13 - RIACHO FUNDO

Processo : 2012.13.1.005022-5

Vara : 301 - VARA CRIMINAL E TRIBUNAL DO JURI DO RIACHO FUNDO

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Vistos etc.

1. O art. 310 do CPP afirma que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, ou converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Dispensável a oitiva prévia do Ministério Público diante da nova redação do art. 310 do CPP, atribuída pela Lei nº 12.403/2011.

2. Verifico que, no presente caso, os aspectos da legalidade intrínseca da prisão foram observados, pois presentes os requisitos da prisão em flagrante, nos termos do art. 302, do CPP, já que os autuados foram surpreendidos cometendo a infração penal.

Presentes, também os requisitos de legalidade extrínseca da prisão em flagrante, presentes na CF/88, art. 5º, incisos LXII (comunicação imediata da prisão ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada), LXIII (informação do direito de permanecer calado, direito à assistência da família e de advogado) e LXIV (direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial). Nesse sentido, constato que foi entregue aos autuados a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas (§ 2º, art. 306, CPP).

Concluo, portanto, que não é o caso de relaxar a prisão, pois não paira qualquer ilegalidade.

3. Lado outro, constato que já foi concedida liberdade provisória ao autuado CARLOS EDUARDO DE JESUS DA SILVA pela Autoridade Policial mediante o pagamento de fiança arbitrada no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), que se encontra pendente de recolhimento.

4. Noutro giro, verifico que o indiciado HUDIEGO SOUZA DE AZEVEDO não faz jus ao

benefício da liberdade provisória, pois presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 310, CPP).

A prisão preventiva deve obedecer aos requisitos gerais das medidas cautelares, previstas no art. 282 do CPP, quais sejam, a necessidade e a adequabilidade da medida de segregação.

De forma mais específica, o art. 312 do CPP prescreve 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".

A medida cautelar é necessária para "aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais" (art. 282, I, CPP), enquanto que a adequação da medida refere-se "à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado" (art. 282, II, CPP).

O autuado HUDIEGO SOUZA DE AZEVEDO encontra-se segregado em razão de prisão em flagrante na qual lhe é imputada a prática da conduta prevista em tese no artigo 304, caput, do Código Penal.

As atividades investigatórias promovidas pela autoridade policial revelam indícios de autoria e materialidade delitiva, conforme exigência do art. 312, CPP, in fine.

Em que pese não se tratar de crime praticado mediante grave ameaça ou violência, enquadrando-se entre aqueles que admitem a concessão da liberdade provisória mediante fiança, o indiciado HUDIEGO SOUZA DE AZEVEDO não merece ser posto em liberdade, porquanto o mesmo é reincidente, uma vez que ostenta condenação transitada em julgado (porte ilegal de arma de fogo), demonstrando, assim, possuir personalidade voltada para a prática criminosa, mostrando-se, pois, necessária a prisão a fim de evitar que o autuado HUDIEGO SOUZA DE AZEVEDO volte a praticar novos crimes, fato que expõe a risco a ordem pública:

"Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas

delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida." (JTACRESP 42/58).

Pelas mesmas razões, verifico que as demais medidas cautelares arroladas no art. 319 do CPP revelam-se, no caso em concreto, inadequadas ou insuficientes diante da personalidade voltada à senda delitiva do indiciado HUDIEGO SOUZA DE AZEVEDO.

Por fim, constato que estão preenchidos os requisitos objetivos do art. 313 do CPP, pois ao autuado HUDIEGO SOUZA DE AZEVEDO está sendo atribuído a prática de delito doloso punido com pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos (inc. I), além do fato de o mesmo já ter sido condenado por outro crime doloso por sentença transitada em julgado (inc. II).

5. Em face ao exposto, CONVERTO a prisão em flagrante do autuado HUDIEGO SOUZA DE AZEVEDO em prisão preventiva. Expeça-se mandado respectivo.

6. Intimem-se as partes.

Expeçam-se as diligências necessárias.

Riacho Fundo - DF, quarta-feira, 05/12/2012 às 15h34.

Circunscrição : 3 - CEILÂNDIA

Processo : 2015.03.1.002674-8

Vara : 302 - SEGUNDA VARA CRIMINAL DE CEILÂNDIA

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Trata-se de Auto de Prisão em Flagrante lavrado pela Autoridade Policial da 19ª DP, em desfavor de LAZARO DANIEL SERGIO e MÁRIO AUGUSTO DE OLIVEIRA LOPES, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 157, § 2º, Inc. II, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Não vislumbro qualquer irregularidade formal ou material no APF. A prisão em flagrante ocorreu em conformidade com o estabelecido no art. 302 do CPP, bem como se encontram presentes os requisitos extrínsecos previstos no art. 304, também do CPP, motivo pelo qual não há que se falar em relaxamento da prisão.

Cuida-se de crime de roubo circunstanciado na forma tentada, com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, estando, pois, presentes as condições de admissibilidade da prisão preventiva, nos termos do art. 313, I, do CPP.

Da mesma forma, estão presentes a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria quanto aos indiciados.

Assim, vislumbram-se presentes indícios de autoria suficientes quanto aos autuados, constatando-se presentes os pressupostos à prisão preventiva.

Passa-se, pois, ao exame dos fundamentos da prisão preventiva, é dizer, da necessidade e da adequação de sua decretação ou de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Neste particular, mostra-se necessária a custódia cautelar dos autuados, de molde a promover a garantia da ordem pública, evitando-se a prática de novos crimes, emprestando-se, com isso, efetividade ao efeito preventivo da sanção penal, e evitando que se impere na sociedade o sentimento de impunidade do ilícito penal.

Verifica-se, pois, irrefutável a necessidade de garantir a ordem pública, tendo em vista a evidente periculosidade dos autuados, em especial pelo modus operandi empregado.

Não se pode olvidar que crimes tais como o noticiado geram clamor público e absoluta insegurança na sociedade, o que exige do Estado uma pronta e efetiva atuação com vistas a manter a ordem pública, de molde a ensejar a segregação cautelar dos indiciados, ao menos por ora.

Registre-se que a prisão para a garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, que por certo ficariam abalados com a soltura dos indiciados diante das gravíssimas circunstâncias indicativas de sua periculosidade concreta.

Logo, incabível a concessão de liberdade provisória, considerando que se encontram presentes os requisitos da prisão preventiva.

Também não é o caso de substituição pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, pois, diante da necessidade da manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, exclui-se a possibilidade de aludida substituição, diante da evidente incompatibilidade entre os institutos. Por certo se a ordem pública está ameaçada com a soltura dos indiciados, não é razoável a substituição da prisão preventiva por medida cautelar alternativa - as quais, diga-se, se revelam insuficientes e inadequadas ao caso em razão da gravidade do crime e das circunstâncias do fato acima relatadas.

Enfim, ainda que os indiciados sejam primários, tal situação não obsta a manutenção de sua segregação cautelar diante das circunstâncias em que se desenvolveram os fatos, a indicar a presença dos fundamentos à prisão preventiva.

Ante o exposto, CONVERTO a PRISÃO EM FLAGRANTE de LAZARO DANIEL SERGIO e MÁRIO AUGUSTO DE OLIVEIRA LOPES em PRISÃO PREVENTIVA.

Expeçam-se os mandados de prisão preventiva, remetendo-os ao estabelecimento prisional onde o autuado encontra-se preso.

Cientifique-se o Ministério Público.

Após, aguarde-se o IP.

Ceilândia - DF, sexta-feira, 30/01/2015 às 14h02.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* N.º 40.027/MG

VOTO

(...)

Como é cediço, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem consagrado o entendimento de que o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito e o clamor ou comoção social não constituem, por si sós, fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva (v.g. HC n.º 44.833/MT, 5.a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 19/09/2005). *In casu*, contudo, as decisões impugnadas demonstraram a existência da necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, a partir de dados concretamente extraídos dos autos.

Com efeito, o Juízo de primeiro grau ressaltou o envolvimento do Recorrente com o tráfico ilícito de drogas, visto que foi surpreendido com significativa quantidade de substâncias entorpecentes – 22 (vinte e duas) buchas de maconha, 01 (um) invólucro de crack e 01 (um) invólucro de maconha.

Ademais, o Tribunal *a quo* salientou que a polícia militar recebeu denúncias anônimas sobre um suposto envolvimento do acusado com o tráfico. Outrossim, tais circunstâncias indicam a "potencialidade de reiteração" criminosa, o que demonstra a especial gravidade da conduta e a periculosidade concreta do agente, a justificar a medida constritiva.

(...)

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* N. 66/813/SP

VOTO

(...)

Contudo, da análise dos autos, verifico que o presente recurso não merece provimento.

Isto porque a decisão reprochada, a meu ver, evidenciou de forma inconteste a necessidade e a justificativa da prisão cautelar imposta ao ora recorrente, especialmente no que tange à garantia da ordem pública.

Insta consignar, inicialmente, que a segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar e excepcional, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem tampouco permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: AgRg no RHC n. 47.220/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/8/2014.

Tal advertência, contudo, não se aplica ao caso em exame, eis que o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de garantia da ordem pública, notadamente se considerado o *modus operandi* empregado para a execução do crime.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes desta Corte:

(...)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário. Expeça-se, contudo, recomendação ao d. Juízo de origem para que imprima a maior celeridade possível no julgamento da ação penal.

É o voto.