

PRISÃO PREVENTIVA: A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA ANALISADA DENTRO DE UM CONTEXTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Ingrid Dias da Fonseca¹

Luiz Felipe Pinheiro Neto²

RESUMO

Este artigo tem como foco a análise da garantia da ordem pública, fundamento da prisão preventiva no Brasil, e a sua abstratividade conceitual frente à pluralidade de significados. Essa problemática permite que o real conceito de ordem pública se torne indefinido, o que torna uma missão quase impossível identificar quando há o excesso de prazo. Em razão da necessidade de se entender o que motiva essa pluralidade, a pesquisa tem como objetivo geral explicar a abstratividade e indeterminabilidade da garantia da ordem pública como produto do fenômeno da expansão do direito penal, como também, expor os mecanismos de limitação desse problema. Vale destacar que o método utilizado foi o dedutivo, uma vez que parte de uma situação geral, o instituto da prisão preventiva, para explicar características particulares referentes à garantia da ordem pública. Constata-se, então, a expansão do direito penal como resposta a essa abstratividade, pois o constante surgimento de bens jurídicos a serem tutelados reflete na necessidade de uma maior proteção social. Logo, cabe ao princípio da proporcionalidade e à possibilidade de responsabilizar o Estado, limitar a arbitrariedade e obter o ressarcimento pelos danos oriundos de erros judiciais. Assim, conclui-se que para se ter uma via judicial mais séria e justa, é necessário a viabilidade do acesso material à justiça.

Palavras-chave: Garantia da ordem pública. Abstratividade. Expansão do direito penal. Princípio da proporcionalidade. Responsabilidade do Estado.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: ingriddiasf@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: professorluizpinheiro@gmail.com

PREVENTIVE DETENTION: THE GUARANTEE OF PUBLIC ORDER ANALYZED IN A CONTEXT OF EXPANSION OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

This article proposes an analysis from the guarantee of public order, foundation of preventive detention in Brazil, and your abstractness conceptual, against a plurality of meanings. This problematic allows that the real concept of public order turns indefinite, what makes one mission almost impossible identify when exist the excess time. In reason of the necessity in understand what motivates this plurality, this article has a general objective of explain the abstractvty and indeterminability from the guarantee of public order as the result from expansin of criminal law, as expose mechanisms to limit the problem. It is worth mentioning that the method used was deductive, as part of a general situation, the preventive detention, to explain a particular traint of guarantee of public order. Notes that the expansion of criminal law as an answer of this abstractvty, because the emergence of legal rightht to be protected reflect in a greater social protection. Therefore, the principle of proportionality and the possibility of a state responsibility, limit the abstractiveness and gain redress by the damages from judicial error. Concludes that the solucion to a serious and just judicial process is the viability of material access to justice.

Keywords: Guarantee of public order. Abstractiveness. Expansion of criminal law. Principle of proportionality. State responsibility.

1 INTRODUÇÃO

A indeterminação semântica quanto ao conceito de garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva é um tema bastante polêmico no Ordenamento Jurídico brasileiro, pois está carregado de abstratividade e insegurança jurídica. Essa pluralidade de significados faz com que o real conceito de ordem pública se torne indefinido, podendo a motivação da prisão se encaixar em qualquer fundamentação justificada pela perturbação da paz social.

A ausência de prazo para a duração da prisão preventiva também entra na polêmica, pois o agente desconhece o tempo em que vai passar encarcerado e se

depara com a gradativa perda da presunção de inocência, mesmo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. E quando o fundamento que a motivou consiste na garantia da ordem pública, faz-se ainda mais perigosa, visto que os magistrados já sentem dificuldade em definir o fundamento em questão, quanto mais em identificar que não mais perpetua em sociedade e a prisão deve ser revogada.

Dessa forma, a problemática é desenvolvida a partir da necessidade de se entender o porquê de a garantia da ordem pública estar carregada de insegurança jurídica e em como o Ordenamento Jurídico brasileiro deve agir frente a esse problema da abstratividade, já que possibilita decisões arbitrárias, visto a facilidade de se enquadrar uma ampla proteção social dentro da garantia da ordem pública.

Logo, o objetivo geral da pesquisa tem a função de explicar a abstratividade e indeterminabilidade da garantia da ordem pública como produto do fenômeno da expansão do direito penal, assim como, expor os mecanismos para limitação do problema em questão.

Para tanto, os objetivos específicos tem a finalidade de analisar os fundamentos da prisão preventiva, sua previsão legal e aplicação no direito internacional; compreender o fenômeno da expansão do direito penal e sua relação com a garantia da ordem pública na prisão preventiva brasileira; demonstrar e reconhecer a importância do princípio da proporcionalidade e a responsabilidade do Estado como mecanismos de proteção à arbitrariedade.

Trata-se de uma pesquisa científica de cunho descritivo, pois visa expor e interpretar os fatos relacionados à garantia da ordem pública e prisão preventiva. Enquanto a abordagem é qualitativa, visto que a identificação dos resultados é valorativa, com argumentos coletados em face da doutrina. Já o método é o dedutivo, uma vez que parte de uma situação geral, o instituto da prisão preventiva, para explicar características particulares referentes à garantia da ordem pública.

As técnicas de pesquisa utilizadas envolvem o estudo da lei, jurisprudência, artigos científicos e doutrina brasileira como técnica principal, fonte da apresentação de teses doutrinárias para a composição de argumentos próprios.

Nessa senda, para se atingir os objetivos propostos, os dois primeiros capítulos versam sobre a contextualização da prisão preventiva no Ordenamento Jurídico brasileiro, demonstram a necessidade da cautela em sua decretação e expõem como é aplicada em Portugal, na Alemanha e no Chile. Com a explicação do contexto em que a garantia da ordem pública se faz presente, o terceiro capítulo

expressa os principais conceitos a que recorre o magistrado para motivá-la e explica a relação entre a expansão do direito penal e o fundamento em questão.

O último capítulo remete ao princípio da proporcionalidade e à possibilidade de se responsabilizar o Estado, como forma de limitar a arbitrariedade e obter o ressarcimento pelos danos oriundos de erros judiciais. Conclui-se, então, que a solução para uma via judicial séria e justa é a viabilidade do acesso material à justiça.

Logo, o tema da pesquisa científica tem relevância, pois proporciona o entendimento dos motivos que levam a ordem pública a ter a indefinição semântica, uma ausência de unificação jurisprudencial e a razão da constante modificação social. Além de demonstrar que existem mecanismos capazes de controlar possíveis arbitrariedades e responsabilizar o Estado pelos danos que cometer. Assim, visa uma maior segurança jurídica quanto aos direitos do preso e da sociedade.

2 PRISÃO PREVENTIVA

2.1 PRISÃO CAUTELAR

O processo penal não teve seu surgimento com o objetivo de armar o Estado contra condutas delituosas, mas sim, como instrumento hábil e necessário para que fosse humanizada a função de punir. Para tanto, é importante dispor de mecanismos e ferramentas capazes de contornar os efeitos prejudiciais do tempo, concomitante com a proteção do indivíduo contra decisões arbitrárias. Assim, criou-se medidas aptas a acautelar a justiça, que representam uma conciliação entre a celeridade processual e a ponderação dos efeitos causados por sua aplicação. Na legislação processual penal brasileira destaca-se para esse fim a prisão cautelar.

A prisão cautelar, *carcer ad custodiam*, tem necessidade de uma maior tutela, porque permite a privação da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal. Possui caráter excepcional, não podendo ser empregada com o objetivo de cumprimento antecipado da pena, nem mesmo para satisfação da sociedade ou da mídia. Essas medidas buscam garantir o normal desenvolvimento do processo, são destinadas à sua tutela e garantem a eficaz aplicação do poder de penar, sem tentativas de interferência pelas pessoas interessadas (LOPES JR, 2014, p. 573).

Esse tipo prisional não ofende o princípio da não culpabilidade previsto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXVII, segundo o qual ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal, pois é medida cautelar processual e não possui caráter de pena. O acusado deve ser considerado inocente durante o processo, só podendo modificar essa situação jurídica após a declaração final de culpabilidade (RUBIANES apud SILVA JÚNIOR, 2015, p. 375).

É possível, contudo, a depender da intensidade, aparecer no processo uma presunção de culpabilidade que justifique medidas necessárias, unicamente para a proteção do devido processo legal. Há, então, a mitigação desse princípio, não a sua inobservância, mas o enfraquecimento da inocência diante de circunstâncias devidamente comprovadas.

Frente a essa legalidade, existem três tipos de prisões cautelares no Ordenamento Jurídico brasileiro, a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva, esta objeto de estudo do presente artigo.

2.2 CONCEITO E APLICAÇÃO

A prisão preventiva, conforme o artigo 311 do Código de Processo Penal, doravante CPP, pode ser aplicada ou convertida em qualquer fase da persecução penal, seja na investigação policial, no processo criminal ou na fase recursal. Durante a fase investigatória, sua decretação pode ser feita tanto por representação da autoridade policial, como a pedido do Ministério Público ou do ofendido. Já durante o processo criminal, pode ser realizada de ofício pelo magistrado, como também em virtude de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

Em qualquer dos casos, a prisão preventiva deve preencher os requisitos expressos em lei como motivos para sua viabilização e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que não se deve olvidar seu caráter excepcional. Portanto, não existe um rol taxativo enumerando suas possibilidades, o que se verifica são pressupostos e hipóteses de admissibilidade que devem ser preenchidos.

A decisão que a determina deve ser fundamentada, conforme o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais e o artigo 315 do CPP. É preciso demonstrar que o caso em questão preenche todos os requisitos legais, além de não caber nenhuma outra medida cautelar. Desse modo, deve-se juntar à decisão os elementos da investigação e do processo que contribuem como provas para o convencimento do juiz. Essa motivação vem como garantia fundamental

constitucional, de maneira a assegurar o caráter democrático do processo e viabilizar o controle dos julgados, bem como aumentar a compreensão dos fatos narrados.

A prisão preventiva é movida pela cláusula *rebus sic stantibus* (MIRABETE, 1999, p. 421/422), ou seja, se a situação dos fatos se alterar revelando que a medida não é mais necessária, a revogação é obrigatória, voltando ao *status quo*. Todavia, caso mais uma vez se confirmem presentes os permissivos legais, nada impede de novamente ser decretada.

No artigo 5º, inciso LXIV da Constituição Federal, a prisão ilegal deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judicial. Relaxar a prisão é reconhecer a ilegalidade, funciona como uma garantia para o indivíduo. Também, o inciso LXXVIII do mesmo artigo, determina que a instrução criminal deve ser concluída em prazo razoável, assim, caso haja abuso, aplica-se o relaxamento.

Sua finalidade é assegurar a eficácia do procedimento penal e o normal funcionamento da justiça. Percebe-se, então, que diante de um instituto tão delicado, sua característica de *ultima ratio* é uma forma de garantir a segurança de que realmente se chegou a um limite, pois a cautela deve ser objetivada em primeiro lugar. Dessa forma, o legislador tomou cuidado em estabelecer pressupostos e hipóteses de admissibilidade como forma de diminuir as chances de arbitrariedade do juiz, assim como, visualizou a máxima proteção aos direitos do preso.

2.3 PRESSUPOSTOS

Os efeitos da prisão preventiva não são automáticos. Dessa maneira, para ter eficácia, está condicionada a cumulação de dois pressupostos o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. É imprescindível a presença dos dois pressupostos.

O *fumus commissi delicti* corresponde no direito processual civil ao *fumus boni iuris*, pois trabalha com indícios relativos à justa causa. No processo penal, por analogia, tem-se a probabilidade da ocorrência de um delito, necessitando de prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria, ou seja, uma probabilidade razoável. Quanto à autoria, se exige indícios, provas semiplenas aptas a vincular o indivíduo à prática da infração, e quanto ao crime, tem que dispor de provas de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável (LIMA, 2017, p. 963).

O *periculum libertatis* correspondente ao *periculum in mora* na esfera cível, relacionado ao perigo da demora, no direito penal essa demora pode ser comparada

ao perigo concreto da permanência do suspeito em liberdade. O fator determinante desse requisito é a situação de perigo criada pela conduta do imputado, devendo comprovar a necessidade real da prisão em conjunto com a gravidade em abstrato. O juiz deve se basear nas provas apresentadas nos autos, sendo imprescindível um juízo sério, desapaixonado e livre de invocações genéricas quanto aos fundamentos legais (LOPES JR, 2014, p. 609).

2.4 FUNDAMENTOS

O artigo 312 do CPP elenca as possibilidades em que a prisão preventiva pode se fundamentar: a) garantia de ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) aplicação da lei penal. Basta a presença de um deles para que seja decretada.

Para que a decisão não seja considerada abusiva, em cada fundamento apontado, a autoridade competente necessita demonstrar de maneira explícita o que motivou sua decisão, a partir de elementos probatórios concretos.

A garantia da ordem pública visa evitar que o agente continue delinquindo durante a persecução penal, pois ordem pública é a manifestação de tranquilidade e paz na sociedade. Em regra, não justifica a prisão pelos antecedentes criminais, mas sim, se os maus antecedentes ou outros elementos probatórios revelarem que o indivíduo pauta seu comportamento na vertente criminosa (LOPES JR, 2014, p. 609).

A garantia da ordem econômica foi inserida no artigo 312 do CPP pelo artigo 86 da Lei n.º 8.884/94, Lei de Antitruste, para impedir que atitudes do agente afetem a harmonia da ordem econômica, devido ao risco de reiteração ou por colocar em perigo o funcionamento do sistema financeiro. Nesse sentido, o risco de reiteração ocorre em casos de perturbação ao livre exercício de qualquer atividade econômica, de abuso do poder econômico objetivando a dominação dos mercados, da eliminação da concorrência e do aumento arbitrário dos lucros (LIMA, 2017, p. 969).

Na conveniência da instrução criminal é possível observar a tutela em relação à livre produção probatória, como garantia do devido processo legal e impedimento de qualquer comprometimento na busca da verdade (LIMA, 2017, p. 973). Assim, há o risco de sua coleta para o desenvolvimento do processo, devendo a prisão preventiva ser indispensável para que a instrução criminal ocorra livre de vícios.

A aplicação da lei penal é o fundamento utilizado para evitar a fuga do agente e garantir a execução do que está previsto em lei, devendo haver sua demonstração fundada em circunstâncias concretas, sem presunção, quanto à possibilidade dessa fuga (LOPES JR, 2014, p. 609).

Ainda, no parágrafo único, existe a possibilidade de ser determinada nos casos de descumprimento de qualquer das medidas cautelares, sendo elas taxadas no artigo 319 do CPP.

2.5 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

Além dos pressupostos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, o CPP em seu artigo 313 prevê hipóteses de admissibilidade que obrigatoriamente devem ser observadas.

Nesse contexto, só pode ser imposta para crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, independe da natureza da pena. Se tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, assim o indivíduo tem que ser reincidente especificamente em crime doloso, não importando a quantidade de pena cominada no delito. Quando a prática envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência previstas nas respectivas leis regentes.

E na dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento, pois o Estado precisa saber contra quem se está imputando a conduta criminosa, não importa a quantidade de pena, todavia após ser identificado, cessa essa hipótese.

2.6 PRINCÍPIOS

Os princípios são a base do Ordenamento Jurídico brasileiro e os principais responsáveis por assegurar a dignidade humana dentro do instituto, são eles:

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, base do processo penal (GOLDSCHIMIDT apud LOPES JR, 2014, p. 572). O ponto de tensão entre o autoritarismo e a democracia, ganha ainda mais ênfase quando se trata de prisão

cautelar devido ao cuidado em não ocorrer abusos, pois já é uma exceção ao tratamento de não culpado do preso.

Sobre o princípio da jurisdicionalidade e motivação entende-se que a decretação da prisão preventiva somente pode ocorrer por meio de ordem judicial fundamentada, com previsão no artigo 315 do CPP. Além de que, a ordem deve emanar de uma autoridade judiciária competente, caso contrário a coação será considerada ilegal e a prisão deverá ser relaxada.

Outro princípio é o da provisionalidade. Esse enfatiza seu caráter precário em relação à tutela de uma situação fática, assim, não faz coisa julgada. A tutela pode ser revogada a qualquer tempo, basta cessar os motivos que lhe impulsionaram, como previsto no artigo 316 do CPP.

A prisão preventiva também é norteadada pelo princípio da provisoriedade, este vem de provisório, estando relacionado com o fator tempo. É importante ressaltar a relevância desse princípio, pois impõe a curta duração da cautelar, impedindo que assumam contornos de pena antecipada.

Também se observa o princípio da excepcionalidade. O fato é que a liberdade é a regra e a prisão só pode ser decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Contudo, observa-se na atualidade a massificação dessa prisão e a consequente insegurança jurídica, como caracteriza Aury Lopes Junior:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. (LOPES JR, 2014, p.582/583)

Um dos princípios mais importantes é o da proporcionalidade, pois limita o poder público a agir moderadamente (ROXIN apud LIMA, 2014, p. 838), a restringir a medida e os limites da prisão ao estritamente necessário, afinal o Estado está obrigado ao mesmo tempo a assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteger a esfera de liberdade do cidadão.

Além desses, a prisão preventiva tem caráter acessório e instrumental. O primeiro está relacionado ao fato de ser acessória ao processo, assim, caso o réu seja absolvido, a prisão deverá seguir o mesmo caminho, ou seja, está condicionada ao

conteúdo da sentença. No segundo, indica a característica da cautelar ser instrumento para o processo, pois quando não existir mais a sua necessidade é extinta.

2.7 EXCESSO DE PRAZO

A indeterminação temporal na prisão preventiva é um tema delicado e o maior problema do instituto, visto que muitas vezes assume contornos de pena antecipada. Essa situação caracteriza a obscuridade em torno do tempo, o que consubstancia uma medida preocupante a luz de um falho sistema penal, sendo discricionário ao juiz ou tribunal o entendimento quanto a duração do *periculum libertatis*.

Inicialmente, diante da ausência de prazo certo para a sua duração, consolidou-se entendimento jurisprudencial, pelo qual se o acusado estivesse preso, o processo na 1ª instância deveria ser concluído no prazo de 81 dias, sob pena de se caracterizar o excesso de prazo (LIMA, 2017, p. 982).

Com o advento das Leis n.º 11.689/08 e n.º 11.719/08, surgiram prazos para a duração tanto do inquérito policial, como da ação penal, com o indivíduo preso ou solto, o que, no presente, ajuda a controlar o excesso de prazo, todavia sem uma sanção para a inobservância desses períodos a eficácia fica comprometida.

Tratando-se de um cenário no qual o agente pode ser preso antes de ser declarada sua culpa convicta, o instituto demanda máxima cautela, que atualmente só aumenta com a crescente criminalidade no Brasil e a consequente complexidade dos delitos. Por essa razão, os tribunais superiores entenderam que o prazo para a conclusão da instrução processual de réu preso não tem natureza absoluta, pois pode ser dilatado em virtude da complexidade da causa ou da quantidade de réus envolvidos. Logo, não tem natureza peremptória, considerado apenas um referencial para a verificação do excesso (LIMA, 2017, p. 987).

Portanto, a mora processual pode ser proveniente das partes ou do poder judiciário, nesse último, não se pode admitir como desculpa o desmoderado volume de trabalho do judiciário, como bem expõe o Ministro do STF Celso de Mello:

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário, não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório casualmente atribuível ao réu, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas

as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representada pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. (STF, 2017)

No entanto, conforme a súmula n.º 64 do Superior Tribunal de Justiça, quando ficar evidente que o excesso de prazo se deu por conta de diligências procrastinatórias da defesa, não há o constrangimento ilegal, pois, ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza (LIMA, 2017, p. 989).

3 DIREITO COMPARADO

Nesse sentido, essa complexidade que envolve a prisão preventiva também é constatada nas legislações alienígenas, as quais aderem à sua legalidade com as consequentes possibilidades vinculadas a cada Ordenamento Jurídico. Assim, em um Estado democrático de direito, a prisão preventiva não pode ganhar o viés de pena antecipada, visto que a presunção de inocência mesmo que mitigada ainda persiste.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê em seu artigo 5º que todos devem ter direito à liberdade, só sendo possível sua privação quando, dentre outros, houver suspeita razoável do cometimento de uma infração ou motivos razoáveis para crer que é necessário impedir o cometimento de novas. Assim, esses indivíduos devem ser apresentados imediatamente a um juiz competente e seu julgamento deve ocorrer dentro de um prazo razoável, pois caso haja o descumprimento dos direitos presentes no artigo, caberá indenização.

Ante o exposto, com a análise de três países que aplicam a medida cautelar, detentores de textos legislados semelhantes ao brasileiro, apesar de mais completos, pode-se observar a base protetiva dos direitos do preso sempre presentes e os requisitos de acordo com a realidade de cada país, além de verificar uma constância no interesse de proteger a sociedade contra as condutas delitivas do agente.

3.1 PORTUGAL

Em Portugal, os requisitos gerais para a aplicação desse tipo de prisão estão previstos no artigo 204 do Código de Processo Penal português, no qual aborda a fuga ou o perigo de fuga, o perigo de perturbação do inquérito ou da instrução (conservação, aquisição ou veracidade das provas) e o perigo de que continue a

atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem pública e a tranquilidade social, em razão do crime ou da personalidade do arguido.

No entanto, quanto ao último requisito, existem críticas da doutrina no sentido de que se não existir o perigo da continuação delitiva, nem se verificar nenhum dos outros requisitos do artigo, é incompreensível aplicar desde logo a prisão preventiva pelo único perigo de perturbação da tranquilidade pública (LEAL, 2005, p. 07).

Ademais, quanto ao polémico assunto da duração da prisão preventiva, com a finalidade de evitar possíveis abusos, o artigo 215 do CPP português, traz prazos pré-determinados que acabam por gerar uma maior segurança jurídica e demonstra a preocupação do português em proteger ao máximo os direitos do preso.

Os períodos são de quatro meses sem que se tenha deduzido acusação, oito meses sem que tenha sido proferida decisão instrutória, um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em primeira instância e um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado. Prazos esses que não são absolutos, pois podem aumentar de acordo com a gravidade do delito e a complexidade do caso concreto.

Dos pressupostos que embasaram a prisão provisória cabe o reexame de três em três meses para a verificação de sua validade, artigo 213 do CPP português, sem a necessidade de requisição por parte do acusado. Como também, pode recorrer da decisão que lhe aplicou ou manteve a medida, artigo 219 do CPP português, sendo este recurso julgado pelo juiz no prazo máximo de trinta dias, com a possibilidade, também, de reagir a uma prisão ilegal por meio do *habeas corpus*.

Essa ilegalidade mencionada se solidifica em três circunstâncias, artigo 222 do CPP português, que consistem: na prisão ter sido efetuada ou ordenada por entidade incompetente; quando motivada por fato pela qual a lei não permite; ou mantem-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial.

Para qualquer uma dessas situações cabe indenização pelos danos sofridos com a privação da liberdade, desse modo, o Estado se responsabiliza, a ressarcir os prejuízos patrimoniais e morais que causou ao lesado, artigo 225 do CPP português.

3.2 ALEMANHA

Na Alemanha, as leis do Strafprozessordnung (StPO) seu Código de Processo Penal, expõem que a aplicação da prisão preventiva se vincula a qualquer momento

do processo ou da fase investigatória, sempre que existirem os fundamentos e a forte suspeita de cometimento do crime, previstos no § 112 do StPO. Os fundamentos mencionados consistem em fuga, perigo de fuga, perigo de obscurecimento de provas (destruir, falsificar ou alterar provas e influenciar testemunhas ou outro acusado), gravidade da conduta e perigo do cometimento de novos crimes.

Quanto ao requisito do perigo de repetição cria-se a possibilidade de detenção por segurança social, com a finalidade de proteger a coletividade de outros delitos graves, no entanto, se o perigo que emana do acusado puder ser afastado por outras medidas, a prisão preventiva será inadmissível.

Assim, segundo o § 121 do StPO, não poderá durar mais de seis meses, pelo mesmo fato, sem que o réu tenha sido julgado e condenado, salvo se houver dificuldades especiais devido à complexidade do crime ou outra razão importante a impedir o julgamento.

Nesse sentido, se o juiz decidir pela prorrogação do tempo de duração, pode recomendar ao Tribunal Superior do Land a apreciação de três em três meses para examinar a necessidade de sua manutenção, conforme o § 122 do StPO. Por fim, na legislação alemã não consta o remédio constitucional *habeas corpus*, por isso contra prisão ilegal é possível o ajuizamento de reclamação contra os abusos.

3.3 CHILE

O Chile, país que passou por uma recente reforma em seu Código de Processo Penal, com promulgação no ano de 2000. Adota a necessidade de se observar pressupostos que permitam presumir a participação do acusado como autor, cúmplice ou como aquele que oculta a prática delitiva, além de existir elementos que justificam a existência do crime que será investigado. Nessa trilha, o artigo 140 do Código de Processo Penal chileno expõe três causas gerais para a validade da prisão cautelar, no qual consistem na proteção da investigação, no perigo de fuga e no perigo para a segurança da sociedade ou da vítima.

Quanto à segurança da sociedade, o mesmo artigo prevê que compete ao tribunal considerar, em análise particular referente a cada caso, a gravidade da punição atribuída à infração, o número de crimes que são imputados e sua natureza, a existência de processos pendentes e o fato de ter atuado em grupo ou gangue.

De igual modo, será especialmente entendido que a liberdade do acusado constitui um perigo para a segurança da sociedade quando as condutas praticadas por ele recebem pena de crime na lei que os consagra, o acusado for previamente condenado por um delito para o qual a lei estipula pena igual ou maior e quando estiver sujeito a alguma medida de precaução pessoal em liberdade condicional ou estiver desfrutando de qualquer dos benefícios alternativos para a execução das sentenças privativas ou restritivas de liberdade previstas na lei.

Ainda, o artigo apresenta que a segurança da pessoa ofendida está em perigo devido a liberdade do arguido quando existe um antecedente qualificado que lhes permite presumir que este último irá realizar ataques contra ela, contra sua família ou sua propriedade.

Quanto a sua duração, não há previsão ou limite, o que torna possível verificar seu fim quando não mais subsistirem os motivos que a justificaram. Contudo, no artigo 145 do CPP chileno, decorridos seis meses de sua decretação, deverá o tribunal designar audiência para decidir acerca da cessação ou prorrogação, e assim, contra essas decisões o recurso cabível é a apelação, artigo 149 do CPP chileno.

4. ABSTRATIVIDADE E INDETERMINABILIDADE DA ORDEM PÚBLICA E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Diante dos quatro fundamentos para a aplicação da prisão preventiva no Brasil, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, enquadrando a ordem econômica dentro de um conceito macro de ordem pública, percebe-se essa caracterizada com uma alta abstratividade e carregada de insegurança jurídica. Dentro do tema da prisão preventiva, a garantia da ordem pública e a ausência de prazo para sua duração são os pontos que mais ameaçam a sua legitimidade.

A problemática da ordem pública está firmada em torno da sua vinculação, pois possui vínculo com a sociedade e a amplitude de fenômenos a ela ligados, já a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal estão vinculadas, respectivamente, à cautela na livre produção probatória e no impedimento da fuga do agente. Dessa forma, observa-se que a ordem pública é analisada dentro de um contexto abstrato e impreciso de crenças, valores e subjetivismo, enquanto os outros dois conservam sua motivação em algo concreto, o processo e seus atos.

A ideia de ordem pública tem origem com o autoritarismo na Alemanha, década de 30, período em que o nazifascismo almejava uma autorização geral e aberta para prender mais facilmente os opositores e perseguidos (LOPES JR; ROSA, 2015). Percebe-se, então, que seu nascimento decorre de uma compreensão que objetivava justificar prisões arbitrárias e legitimar o uso da força para adequação do laço social e objetivos políticos.

No Brasil, a garantia da ordem pública passou a configurar o texto legislado com o advento da Lei n.º 5.439 de 1967, contudo, em aproximadamente 50 anos, a atividade jurisdicional falhou em consagrar uma jurisprudência unificada ao conceito.

Nem mesmo o STF foi capaz de fornecer linhas de atuação, uma vez que não existem parâmetros, ficando suscetível a discricionariedade do julgador, na qual “faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido” (CHOUKR apud LIMA et al. 2013, p. 22). Dessa forma, “sua indeterminação acarreta uma aplicação arbitrária e produz rupturas nos sistemas de liberdade em potencial afronta ao princípio da legalidade” (SANTOS, 2008, p. 64).

A inexistência de parâmetros ocorre devido a sua indeterminação conceitual, inclusive “fala-se de ordem pública com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos” (BOBBIO apud PRADO; SANTOS 2018, p. 34). Torna-se uma ferramenta fácil para a manutenção e ampliação dos poderes discricionários do magistrado, pois consiste em cláusula extremamente genérica e vinculada às mais diversas condutas existentes no imaginário do julgador (LOPES JR; ROSA, 2015). Assim, constata-se que:

As normas repletas de imprecisão semântica são problemáticas e abrem a discricionariedade. Assim sendo, o juiz passa a atuar fora dos poderes fisiológicos que lhe são naturais, passando a usar um poder criativo de interpretar (ou ponderar) sem restrições, o que implica o “poder de disposição ou de valoração ético-política” típico de modelos autoritários, pois tem menor grau de legitimidade. (PRADO; SANTOS, 2018, p. 19)

A realidade exposta dá margem aos juízes brasileiros a invocarem mais do que aos outros fundamentos para afirmar a existência do *periculum libertatis*, dessa maneira, esse requisito torna-se suscetível de se construir artificialmente, pois não existe uma unificação, algo concreto como base. Há, então, facilidade para se falsificar, pois torna-se difícil verificar o conteúdo arbitrário do fundamento.

Verifica-se que a ordem pública em suas inúmeras possibilidades, dentre elas “a segurança, bons costumes, moralidade, paz social, credibilidade das instituições, tranquilidade, periculosidade e salubridade” (PRADO; SANTOS, 2018, p. 50), tem diferentes linhas de caracterização que dão causa a sua abstratividade. Como consequência, seria uma ameaça aos princípios que regem o direito de penar, pois o direito penal protege bens concretos em casos concretos, com critérios de lesividade ou periculosidade concreta (SÁNCHEZ, 2013, p. 150).

Dentro da diversidade de conceitos utilizados para motivação, um dos favoritos é o de clamor público. Esse atua como um “pedido de socorro” da sociedade, no qual roga por uma atitude do Estado e a retirada do agente do meio social. Não se deve aceitar o aprisionamento preventivo baseado somente na repercussão, no clamor, visto que, “o clamor público não tem aptidão para preencher o conceito de ordem pública” (PRADO; SANTOS, 2018, p. 150). Contudo, na realidade, a ordem pública acaba virando sinônimo de clamor social e se confundindo com opinião “publicada”, devido à exploração midiática de um fato (LOPES JR; ROSA, 2015).

Outro fator é o poder que a mídia possui em interferir nas decisões fundamentadas na ordem pública. Quando o caso concreto é explorado midiaticamente e induz a um grande clamor social, o pedido de prisão surge na continuação, com o argumento de tutela da sociedade, logo constata-se os instrumentos midiáticos como fontes geradoras do mencionado clamor público. Então, ao ser confundida com clamor social, corre o risco da manipulação pelos meios de comunicação de massas, fazendo com que a opinião pública não passe de mera opinião “publicada” (LOPES JR; ROSA, 2015).

Jesús-Maria Silva Sánchez expõe que:

Estes, por um lado, da posição privilegiada que ostentam no seio da sociedade de informação e no seio de uma concepção do mundo como aldeia global, transmitem uma imagem de realidade na qual o que está distante e o que está próximo tem uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes, diretamente a percepções inexatas; e, em outras, pelo menos a uma sensação de impotência. Com mais razão, por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com a qual se examinam determinadas notícias atuam como multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo. (SÁNCHEZ, 2013, p. 47/48)

Dessa forma, percebe-se a capacidade de acelerar a invasão da democracia pela emoção e propagar uma sensação de medo e de vitimização, manipulando a

opinião pública. Junto a esses meios, em certas ocasiões, as próprias instituições públicas, transmitem imagens oblíquas da realidade, que também contribuem para a sensação de insegurança (SÁNCHEZ, 2013, p. 49).

Logo, os meios de comunicação não criam medos, apenas reforçam os já existentes e fazem com que a sociedade se identifique com a vítima. Consequentemente, cresce uma pretensão social a qual se supõe que o Estado, a partir do direito pena, precisa oferecer respostas imediatas.

Essa identificação com a vítima ocorre na sociedade, “pois não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, ao menos em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor” (SÁNCHEZ, 2013, p. 68). Significando a pena uma manifestada solidariedade do grupo social para com a vítima, o que se destaca pela exclusão do autor e reintegração da vítima.

Do mesmo modo, com a globalização, a humanidade vive uma sensação ainda maior de insegurança, pois tem acesso as mais diversas informações sobre homicídios, sequestros e assaltos que acontecem em todos os lugares do mundo. Dá-se, então, a impressão de que a sociedade está mergulhada na criminalidade e dominada pelo medo, onde a máquina repressora do Estado seria a única opção para conter a violência e proporcionar a paz.

Observa-se, também, a fundamentação por base na credibilidade das instituições, pois sem punição na liberdade, o sistema de administração da justiça se torna falho, “a prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público” (LOPES JR; ROSA, 2015). Como se houvesse uma crise de identidade e a única solução fosse a mais perversa e imediata, a prisão. Porém, vale lembrar que as instituições não são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é a solução para esse fim.

A tranquilidade social é outro fator utilizado para justifica-la. A Constituição Federal, em seu artigo 144, define que a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo dever do Estado, direito e responsabilidade de todos os cidadãos.

Na atualidade, um dos traços mais significativos é a sensação de insegurança, o aparecimento frequentemente de riscos que carregam a possibilidade de interferir no harmônico cotidiano (SÁNCHEZ, 2013, p. 40). Existe também, uma característica de individualismo, no qual os indivíduos estão inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses, o que induz a um clamor por soluções imediatistas.

Diante dessa insegurança, é ao Código Penal a que a comunidade recorre quando se perde nos pontos de referência, sobretudo na definição do bem e do mal (SÁNCHEZ, 2013, p. 77). Essa teoria comprova o quanto é perigosa a indeterminação semântica da garantia da ordem pública, pois a sociedade clama por justiça através da lei e de uma efetiva punição, com grande risco de gerar prisões desnecessárias.

Como consequência, percebe-se o “abandono de teses ressocializadoras e a primazia dos aspectos de prevenção especial negativa, isto é, de intimidação individual e neutralização” (SÁNCHEZ, 2013, p. 145). Logo, o imediatismo toma conta dos indivíduos e a necessidade de demonstrar um efetivo trabalho envolve o judiciário, fazendo com que o direito penal seja reflexo da ordem social.

A sociedade da insegurança acaba por conduzir o Estado a uma necessidade de prevenção, de se adotar medidas prévias à condenação, mas estritamente preventivas. As medidas de segurança quando aplicadas, uma vez cumprida a pena, podem chegar a durar toda a vida do condenado, pois o trauma psicológico é irreparável, ainda mais quando a prisão advém de uma decisão arbitrária.

Surge, então, uma tese de direito penal do inimigo, no qual o inimigo seria alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta essa deficiência por meio de sua conduta (SÁNCHEZ, 2013, p. 194). Para essas pessoas teria que existir, então, uma antecipação da proteção penal, uma prevenção do Estado para proteger a sociedade.

O direito do inimigo seria, então, o direito das medidas de segurança aplicáveis aos agentes, ainda que se revelassem com frequência sob aparência formal de penas (SÁNCHEZ, 2013, p. 195). Precisando se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, diante de um contexto emergencial.

A ordem pública, então, apresenta-se vinculada à sociedade e carregada de inúmeras possibilidades. Essa diversidade ocorre devido a um fenômeno chamado de expansão do direito penal, em que surgem, constantemente, novos bens jurídicos a serem acautelados e novos riscos para a sociedade.

Dessa maneira, observa-se que “o direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes” (SÁNCHEZ, 2013, p. 31), sendo os bens jurídicos circunstâncias reais dadas para uma vida segura e livre, com todos os direitos humanos e civis garantidos (ROXIN, 2006, p. 18/19). Deste modo, diante da evolução do direito penal, os bens a serem tutelados sofrem frequentes mudanças de acordo com a realidade de cada meio.

Com as mudanças naturais e artificiais que ocorrem no mundo, surge na sociedade um interesse generalizado de que os problemas sejam resolvidos com a criação de novas leis penais ou que sejam agravadas as já existentes, o que resulta, como consequência, no advento de leis penais de maneira constante e em grande volume. No entanto, é certo que essa grande demanda de leis penais se desenvolve em uma ameaça para a liberdade de cada cidadão, “pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa” (SÁNCHEZ, 2013, p. 25).

Assim, “a criação de novos bens jurídicos-penais, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia” (SÁNCHEZ, 2013, p. 28), seriam os aspectos dessa tendência que o direito penal tem de expandir e crescer, ou seja, aumentar o campo de abrangência, tudo isso em prol da segurança social. Observa-se, dessa maneira, uma antinomia entre a intervenção estatal mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa.

A expansão do direito penal acaba por se apresentar, também, como um produto da perversidade estatal, o qual buscaria na legislação penal uma aparente solução aos problemas sociais, como maneira de mascarar a deficiência na efetividade processual de seu sistema. De forma que, desloca ao plano simbólico da tranquilidade pública o que deveria ser resolvido ao nível instrumental, ou seja, uma proteção efetiva (SÁNCHEZ, 2013, p. 29).

Nessa linha, a sociedade atual tem como fonte e se apresenta caracterizada por uma realidade econômica rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos que contribuem para essa continua modificação na realidade social e necessária proteção da coletividade, devido, principalmente, às consequências negativas desses fenômenos e aparecimento de novos riscos no meio social.

A sociedade tecnológica, crescentemente competitiva com altos índices de desemprego e marginalidade, acaba por deslocar e excluir uma grande quantidade de indivíduos que sentem a dificuldade em se impor no mercado de trabalho. Percebe-se que a sociedade pós-industrial é, além de uma sociedade de risco, uma sociedade de clara e evidente insegurança.

A crescente interdependência dos indivíduos permite que a identidade de bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas no controle de riscos por parte de terceiros, sendo esses terceiros o Estado e o magistrado que

tomará medidas para o aprisionamento daqueles que perturbem a paz social (SÁNCHEZ, 2013, p. 38). Gerando, assim, o fenômeno da criminalidade de massas, no qual o “outro” se apresenta como um risco.

O problema não está na expansão do direito penal, mas sim na expansão do direito penal de pena privativa de liberdade, que precisa ser contida (SÁNCHEZ, 2013, p. 181). Contudo, com a amplitude do conceito de ordem pública, se torna uma missão impossível, pois a jurisprudência não está unificada quanto a esse ponto.

A evolução social de um sistema democrático determina que o ordenamento jurídico esteja submetido a um processo constante de expansão. A expansão, está, sim, pressupondo uma diminuição de garantias, mas o custo representado por essa diminuição acaba compensado pelo benefício derivado da proteção de novos interesses mercedores de proteção penal.

Então, deve-se compreender a ordem pública como algo que perturba a tranquilidade, estando incluído o risco de reiteração da conduta criminoso. Consiste no risco considerável de reiteração das ações delituosas por parte do acusado e tem o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente, preservando seu caráter cautelar, visto que visa prevenir a ocorrência de novos delitos por parte do agente (LOPES JR, 2014, p. 608).

Conclui-se, diante da apresentação da problemática e demonstração de alguns dos conceitos da ordem pública e seus perigos, que o problema não está na garantia da ordem pública. Pelo contrário, ela é de extrema necessidade e importância, pois alcança situações em que os outros fundamentos não conseguem chegar, situações em que a cautela não se relaciona ao perigo de fuga ou a produção probatória, e sim, quanto às condutas do autor frente a segurança da própria vítima ou outras possíveis. Assim, não há que se discutir sua legalidade ou validade para aplicação em casos concretos.

O que causa desconforto e insegurança jurídica é a sua abstratividade e indeterminação semântica, pois existem inúmeras possibilidades para enquadrar a ordem pública, muitas delas influenciadas por fatores que descumprem o princípio da não culpabilidade. Consequentemente, a inobservância desse princípio gera a banalização da prisão preventiva, perdendo toda a sua admissibilidade e constitucionalidade.

Então, se torna mais sensata a sua definição baseada na proteção da sociedade contra as condutas do agente, com indícios probatórios mínimos de que

existe a tendência da reiteração delituosa nas práticas do autor. Logo, preserva o autor de interferências externas ao crime e foca nas condutas e atitudes tomadas por ele, tendo assim, uma vinculação a algo concreto e livre de subjetivismo.

5. LIMITAÇÃO DA ARBITRARIEDADE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

5.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na garantia da ordem pública existem dois princípios basilares que entram em contradição, ao mesmo tempo em que é imprescindível a proteção. O direito à liberdade do agente e o direito de punir do Estado, que guarda relação com a segurança da sociedade, são princípios opostos, que se relativizam diante da necessidade de potencializar um deles, contudo, apesar de antagônicos, são direitos fundamentais a todo cidadão. Assim, pode-se deduzir que a conduta delitiva desestabiliza todo o direito penal, sendo necessário a relativização das garantias pessoais e processuais (SÀNCHEZ, 2013, p. 196).

As normas constitucionais são potencialmente contraditórias e isso é um fenômeno típico do Estado Democrático de Direito, não é de se estranhar que elas frequentemente entrem em rota de colisão, (MARMELESTEIN, 2013, p. 360). Essa colisão implica, necessariamente, na maximização de um desses princípios e na minimização do outro frente a cada caso concreto analisado.

O instrumento responsável por equilibrar o direito à liberdade do agente e o direito de punir do Estado é o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, este irá nortear a conduta do julgador ponderando a gravidade da medida com a finalidade por ela pretendida. Para que essa ponderação seja válida, é indispensável que sua aplicação se encontre livre de crenças, interesses e verdades individuais.

Não passa de um dever de argumentar com transparência, no qual força o magistrado a expor todos os motivos relevantes que o levaram a decidir em favor de um ou de outro princípio, sempre com ética e consistência (MARMELESTEIN, 2013, p. 378). Funciona como uma maneira de mostrar à sociedade o motivo de suas decisões e possibilitar que seja detectada, quando houver algum indício, a arbitrariedade, caso contrário, seria missão quase impossível identificar o vício.

Apesar da prática delituosa do autor, nada justifica a privação de sua liberdade de forma arbitrária, sendo ela caracterizada pelo clamor social, influência midiática e necessidade de se assegurar a credibilidade da justiça. A prisão preventiva é medida

excepcional de prevenção, sua aplicação incide na mitigação da presunção de não culpabilidade, a cautela e seriedade de sua decretação são requisitos básicos para a garantia dos direitos humanos fundamentais, pois segundo consta no artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ninguém será arbitrariamente preso.

Enquanto isso, a segurança da sociedade se apresenta igualmente necessitada de proteção, pois o cidadão, através de um contrato social, abriu mão da sua liberdade individual em prol da coletividade, bem comum e vontade geral (ROUSSEAU, 2002, p. 24/25). Neste sentido, o Estado tem o dever de garantir essa segurança e promover a harmonia social, pois é o responsável e eleito pelo povo para cumprir essa função.

Portanto, o Tribunal Constitucional Alemão entende que a proporcionalidade deve combater os excessos (*Übermassverbot*) cometidos pelo Estado contra o agente da prática delituosa, consistindo em um garantismo negativo, como também, deve impedir a insuficiência (*Untermassverbot*) de proteção social, um garantismo positivo. Assim sendo, tem que haver um equilíbrio entre punir o autor e tutelar suficientemente seu direito à liberdade, como uma forma de proibir a proteção deficiente.

Está, então, ligado à garantia do devido processo legal, ele representa o equilíbrio dos atos processuais. Para que haja a limitação de algum direito individual, é preciso a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins por ele visados, bem como, pela aferição da legitimidade dos fins. Atua como um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para identificar se estão de acordo com a justiça.

Existem três requisitos dentro do princípio da proporcionalidade que comprovadamente são essenciais para a decisão de uma prisão preventiva (BARROSO, 2009, p. 235). O primeiro é o da adequação, no qual as medidas adotadas pelo Poder Público devem se mostrar aptas a atingir os objetivos pretendidos, assim, caso exista outra medida igualmente cabível e menos onerosa ao indivíduo, deve ser adotada, optando pela que melhor acautela a situação e mais garante direitos fundamentais.

O segundo é o da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados, ou seja, a prisão não deve exceder o imprescindível para o alcance do que se intenciona, enfatizando a característica de *ultima ratio* da prisão preventiva.

O terceiro consiste na proporcionalidade em sentido estrito, o qual verifica-se a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. O juiz deve, então, analisar e sopesar se os malefícios trazidos à prisão de alguém presumidamente inocente são menores do que sua liberdade em sociedade com as possíveis interferências no processo e reiteração delituosa.

Nesse caso, uma medida adequada existe quando se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível para o agente e proporcional em sentido estrito se as vantagens consequentes do ato judicial serão superiores às desvantagens (GUERRA FILHO apud BARROSO, 2009, p. 235), logo, os fins acabam justificando os meios até onde esses requisitos são observados, a partir do momento que algum é descumprido, o meio que é a prisão preventiva não mais se sustenta.

Dessa forma, cada situação deve ser analisada para que não seja decretada uma medida mais grave do que a estritamente necessária, pois “a magnitude do problema global não pode nunca justificar a imposição de uma pena grave a sujeitos individuais, quando as contribuições de cada um são, isoladamente, insignificantes” (SÁNCHEZ, 2013, p. 160).

A decisão torna-se irrazoável quando não possui fundamentos de fato ou de direito que sustentam a prisão, ou ainda, quando não se leva em conta os fatos notórios, com provas ou fatos inexistentes. Assim, a garantia da ordem pública, não deve ser baseada em motivações frágeis, insuficientes, arbitrárias ou muito menos carregadas de estigmatização social. É um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, um válido instrumento de proteção dos direitos fundamentais e dos interesses públicos, por permitir o controle da discricionariedade do Poder Público.

Logo, é estabelecida a premissa de que é possível distinguir pessoas e situações, dando a elas tratamento diferenciado para se atingir determinado fim. A partir do princípio da isonomia cabe determinar os critérios que permitirão identificar as hipóteses em que as desequiparações são juridicamente toleráveis, devendo se recorrer à ideia de proporcionalidade para obter o equilíbrio. O tratamento desigual encontra limites na razoabilidade, para ser válido tem que passar no teste da proporcionalidade.

Compreende-se que a ordem pública é realmente uma perigosa arma de prevenção quando aplicada de maneira irrazoável. Sua forma arbitrária está

carregada de ideias estigmatizadas e insensibilidade, banalizando de modo preocupante a privação da liberdade. Contudo, é inegável a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro e a solução para tamanha insegurança está na aplicação do princípio da proporcionalidade, em cada caso concreto o magistrado deve ponderar suas motivações, essencial também, é unificar o conceito por meio das decisões jurisprudenciais para se conseguir controlar a indeterminação semântica.

O princípio da proporcionalidade possibilita controlar as ocorrências de excesso de prazo na prisão preventiva, pois é difícil constatar prazos irrazoáveis quando o fundamento consiste na garantia da ordem pública, já existe a dificuldade em conceitua-la, quanto mais em identificar que não mais perpetua o fundamento que a motivou. A ponderação é responsável por limitar ao razoável a quantidade de tempo que o agente passa preso, a observância do princípio é essencial visto que se detectado o excesso de prazo a prisão deve ser imediatamente relaxada, caso contrário, torna-se ilegal e conseqüentemente inconstitucional.

Também tem importância na difícil tarefa de se unificar a jurisprudência, pois é a partir do uso da ponderação que os magistrados chegarão a uma uniformidade na aplicação do fundamento da ordem pública. Com decisões aprovadas quanto a sua razoabilidade, haverá a conseqüente segurança jurídica, pois, o ato estará livre do subjetivismo tão fácil de estar inserido.

Então, a técnica de ponderação possibilita uma maior objetividade e racionalidade, por melhor controlar a argumentação desenvolvida pelo intérprete (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 233), logo é capaz de conceder a objetividade que a ordem pública desconhece em razão da sua abstratividade.

5.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Não basta a transparência possibilitada pelo princípio da proporcionalidade. De nada adianta uma medida sem que haja uma sanção para impor caso seja descumprida. Necessita-se, ademais, de uma ferramenta de coerção para o observador principal. É certo que a Administração Pública somente responde pelos atos judiciais mediante comprovação da culpa objetiva, de maneira ilegítima e lesiva (MEIRELLES, 2006, p. 658), assim, tem que haver uma efetiva sanção para o Estado, caso o magistrado comprometa os direitos humanos do indivíduo mediante erro judicial.

O artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal prevê que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Logo, é direito fundamental a concessão de indenização como forma de amenizar os danos sofridos por decisões antiprofissionais. É possível, então, o ressarcimento pelos prejuízos sofridos com as decisões jurídicas, podendo ser por danos materiais, tão somente pecuniários (ESPÍNOLA apud SILVA JÚNIOR, 2015, p. 641) ou também, por danos morais (MIRABETE apud SILVA JÚNIOR, 2015, p. 641).

Assim, o inciso LXXV não deve se sustentar apenas na interpretação literal, é preciso ir além, pois o erro processual também pode ocorrer no momento da decretação da prisão provisória (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 645). Dessa forma, a prisão cautelar e seus fundamentos estão vinculadas à possibilidade de se conceder indenização ao autor que sofreu alguma ilegalidade. Logo, podem existir testemunhos inverídicos ou documentos inautênticos, que apoiam a medida cautelar (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 645).

Dessa forma, quando a decretação da prisão preventiva for contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos ou quando ela se fundar em depoimentos, exames, ou documentos comprovadamente falsos, o dever de indenizar se faz presente, pelo fato de a pessoa ficar presa indevidamente. (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 645)

Também, no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, há a previsão do direito a reparação pelo dano material e moral, sempre que ocorrer a violação indevida da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem das pessoas. A mera existência de um processo criminal, já é o bastante para prejudicar a honra e a imagem de uma pessoa e se torna pior frente a uma condenação indevida (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 644), pois “a pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca, quem em pecado está perdido, Cristo perdoa, mas os homens não.” (CARNELUTTI, 2009, p. 117).

No entanto, o direito à indenização deve ser elidido, no caso de culpa concorrente ou exclusiva do Estado (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 644), não há lógica em se conceder um benefício a alguém que provocou o próprio mal, além de que se supõe a seriedade do judiciário, não se deve sobrecarrega-lo com demandas advindas, nesses casos, de atos causados por outros.

O erro judicial é algo que compromete a credibilidade da justiça e eficácia de suas ações, como consequência dessa fragilidade, surge na sociedade um anseio por respostas e sensação de que o Poder Público é ineficaz. Essa crença social retorna para a comunidade na forma de prisões arbitrárias fundamentadas pela garantia da ordem pública, no qual deve se proteger a “imagem” do judiciário.

Os cidadãos possuem o direito de cobrar do judiciário um ressarcimento pela decisão que deveria ter sido tomada com seriedade e senso de justiça, pois o povo acredita e confia nessa instituição como fonte proteção e solução de problemas.

O Estado constitucional e democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como ideal buscar a construção de uma sociedade justa e solidária. O cidadão que fica encarcerado quase treze anos, sem condenação final transitada em julgado, faz jus a uma indenização a ser paga pelo Estado, em razão da grave ofensa a graves direitos fundamentais. (LUIZ FUX apud SILVA JÚNIOR, 2015, p. 647)

O processo acaba por gerenciar a crise social gerada pela ação ilícita, no final se tem como resposta a solução mais adequada para restaurar a ordem social (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 314), essa resposta deve estar carregada de legitimidade e celeridade no caso da prisão preventiva, não pode “perder tempo” com os problemas de morosidade inerentes ao judiciário. A eficiência na administração da justiça criminal termina significando a rapidez com que tramita o processo (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 314), pois se demora a ser julgado, causa na sociedade uma falsa impressão de impunidade, essa sensação é maximizada pela mídia e acaba gerando o clamor social por justiça.

Constata-se, que a lei assegura a possibilidade de responsabilizar o Estado em caso de erro judicial. Mas, o problema está na eficácia de sua aplicação, é certo que a maior parte da população desconhece esse direito de ressarcimento por atos arbitrários, se tornando um fato preocupante, por, além de dificultar um direito inerente ao cidadão, tornar inatingível a responsabilização do Estado por seus procedimentos, como uma figura intocável.

6 CONCLUSÃO

Verifica-se, então, a prisão preventiva como um instituto carregado de incertezas e inseguranças jurídicas, fonte de grandes discussões acerca da sua

legitimidade e passível de práticas arbitrárias por parte dos seus operadores. Essa medida possibilita que um indivíduo, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tenha a sua presunção de inocência mitigada em prol da efetividade processual e segurança social.

No entanto, apesar de toda a problemática que envolve o tema, sua existência no Ordenamento Jurídico brasileiro é imprescindível para viabilizar uma maior eficácia da via judicial. Seria irresponsável permitir que o processo, a sociedade e a vítima ficassem sem amparo e proteção durante todo o trâmite processual, por isso, a necessidade de criar uma medida cautelar que fosse capaz de cumprir essa função. Assim, a discussão em torno da sua legitimidade faz-se incongruente e imatura.

O direito internacional, inclusive, aprova e adota a medida cautelar em seus ordenamentos, logicamente, com suas hipóteses vinculadas a cada realidade. Essa aderência, fortifica as teses pró legitimidade, pois demonstra que até mesmo países mais desenvolvidos que o Brasil sentem a necessidade e enxergam a importância desse tipo de prisão para o bom desenvolvimento da persecução penal.

O legislador brasileiro, diante da delicadeza do seu conteúdo, tomou todo o cuidado em determinar sua admissibilidade de forma que acautelasse ao máximo os direitos fundamentais do agente de conduta delituosa, mas ao mesmo tempo, possibilitasse a privação da sua liberdade por práticas ilegais. Tanto é que o CPP prevê um rol taxativo para sua validade, precisando, inclusive, preencher pressupostos, fundamentos e hipóteses de admissibilidade para ser legítima e justa.

Mas dois pontos da prisão preventiva acabaram por não receber tamanha atenção e cautela no momento de elaboração. O primeiro diz respeito à inexistência de prazo para sua duração, o indivíduo ao ser preso preventivamente desconhece o período em que vai passar encarcerado, se encontrando dependente da discricionariedade e seriedade do magistrado em identificar e revogar a prisão quando se encontrarem cessados os motivos que a fundamentaram.

O segundo envolve a garantia da ordem pública, a segurança social, e sua abstratividade, pois conforme foi demonstrado, a interpretação desse fundamento encontra-se cheia de significados e carregada, conseqüentemente, de insegurança jurídica, logo, essa amplitude fragiliza o fundamento em questão, permitindo decisões arbitrárias e subjetivas. Esse dinamismo da ordem pública ocorre em decorrência do fenômeno da expansão do direito penal, no qual viabiliza o surgimento

constantemente de novos bens jurídicos a serem tutelados pela sociedade e, portanto, uma maior complexidade processual.

Assim, verifica-se o princípio da proporcionalidade como mecanismo imprescindível de limitação dessa arbitrariedade, é o remédio que previne e acusa decisões inadequadas, desnecessárias e precárias de ponderação. Logo, se torna responsabilidade Estado, indenizar os agentes pelos prejuízos causados e advindos da inobservância desse princípio, como também, da lei.

Todavia, conclui-se que, apesar de existir a possibilidade de se responsabilizar o Estado por erros judiciais cometidos pelos seus operadores, não há uma eficácia na realização dessa medida. Pois observa-se, no cotidiano, a pobre quantidade de demandas que pleiteiam o ressarcimento por erros cometidos contra o autor na justiça criminal.

Na teoria, não resta dúvida sobre a garantia que tem o autor quando passa a ser vítima de erro ou arbítrio dos julgadores, a lei é clara e precisa em assegurar que seja feita justiça por meio de indenização. Contudo, na prática, a população desconhece que tem esse direito de reparação pelos danos materiais, morais e psicológicos sofridos por uma prisão indevida ou permanência nela por tempo irrazoável.

Logo, a efetividade da responsabilização estatal está vinculada ao acesso material à justiça, pois é preciso proporcionar a todos os cidadãos, sem estigmatização social, a viabilidade e segurança de que terão tutelados judicialmente os seus direitos. A sociedade precisa pressionar o Estado a garantir seus direitos, exercer com seriedade a atividade jurisdicional e a responder por erros judiciais, assim, a figura intocável tem que se aproximar da comunidade e torna-se igualmente suscetível de punição.

Por fim, é interessante que os cidadãos conheçam seus direitos de ressarcimento por meio da disseminação dessas informações, como também, através de uma Defensoria Pública apta e capaz de direcionar os seus assistidos à real efetivação dos seus direitos, pois sabe-se que os que menos os conhece é a população carente e estigmatizada.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **The German Code of Criminal Procedure**. Strafprozessordnung (StPO). Disponível em: <<https://bit.ly/2qlwQsX>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Código de processo penal**. Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2009.

CHILE. **Ley 19.696**: Establece codigo procesal penal. 12 out. 2000. Chile: Ministerio de Justicia, 2000. Disponível em: <<https://bit.ly/2FjICnY>>. Acesso em: 10 out. 2018.

COUNCIL OF EUROPE. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. European Court of Human Rights. Council of Europe, 1950. Disponível em: <<https://bit.ly/2JE3ymH>>. Acesso em: 10 out. 2018.

LEAL, Rui da Silva. **PRISÃO PREVENTIVA E REGIME DE EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO EM PORTUGAL - QUE ESTADO DE DIREITO?** 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2FI0Rt3>>. Acesso em: 30 de set. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Bahia: jusPODIVM, 2017.

LIMA, Renato Sérgio de; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; OLIVERA, Priscilla Soares de. Segurança pública e ordem pública: apropriação jurídica das expressões à luz da legislação, doutrina e jurisprudência pátrios. **Rev. bras. segur. pública**. São Paulo v. 7, n. 1, p. 58-82. Fev./mar. 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. “Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva”. **Consultor Jurídico**. 06 fev. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2qGjk9p>>. Acesso em 22 de out. 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PORTUGAL. **DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro**: Código de Processo Penal (versão actualizada). Portugal, 1929. Disponível em: <<https://bit.ly/2QC7tEH>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva**: a contramão da modernidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Ebook. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/1FljmWA>>. Acesso em 25 de out. 2018.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Vinícios Lang dos. **O direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais no Programa de Pós-Graduação). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. Natal: OWL, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). HABEAS CORPUS: HC 142.177. Ministro Relator Celso de Mello. DJ: 18/09/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/499856702/andamento-do-processo-n-142177-habeas-corpus-18-09-2017-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em: 10 de out. 2018.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III), 10 dez. 1948. UNICEF, 1948. Disponível em: <<https://uni.cf/2sXdl3e>>. Acesso em: 10 out. 2018.