

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA ASCES/UNITA  
CURSO BACHARELADO EM DIREITO**

**PEDRO VICTOR DE ARAÚJO PADILHA**

**A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O DESPRESTÍGIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PARA ALÉM DO SENSO COMUM**

**CARUARU**

**2017**

PEDRO VICTOR DE ARAÚJO PADILHA

**A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O DESPRESTÍGIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PARA ALÉM DO SENSO COMUM**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA), como requisito final para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Paula Isabel Bezerra Rocha Wanderley.

CARUARU

2017

PEDRO VICTOR DE ARAÚJO PADILHA

**A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O DESPRESTÍGIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO DO SENSO COMUM,  
DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL**

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Paula Isabel Bezerra Rocha Wanderley – ASCES/UNITA

---

Primeiro avaliador.

---

Segundo avaliador.

CARUARU

2017

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, quero agradecer a Deus pelo dom da vida, pela saúde a mim concebida, e em sua infinita bondade encorajando-me para as batalhas da vida com fé, esperança e dedicação.

Aos meus Pais Pedro Vicente Padilha do Nascimento e Valdelice Gomes de Araújo Padilha, pelo apoio a mim dedicado, onde diante das dificuldades não mediram esforços para que fosse possível vencer minhas batalhas, de maneira sempre presentes, não faltaram incentivos e amor. A minha irmã Priscila Maria de Araújo Padilha, pelas orações e desejos de felicidade e sucesso. Aos meus avós maternos que hoje não estão mais presentes em nossas vidas fisicamente, mas que estão no céu rogando e intercedendo por nós, Enoque Gomes da Silva e Preciliana de Araújo Silva.

A minha orientadora, professora e amiga Paula Isabel Bezerra Rocha Wanderley, que de forma incessante e humildade nos passa além de vasto conhecimento acadêmico, uma perspectiva humana e igualitária, mostrando que as condutas exageradas dos juristas afetam intrinsecamente a sociedade.

*Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.*

*Bandeira de Mello – Jurista Brasileiro*

## RESUMO

A banalização da prisão preventiva e o desprestígio da presunção de inocência são bastante prejudiciais à sociedade e a todo o ordenamento jurídico. Diante disso, o presente trabalho objetiva analisar a natureza da prisão cautelar e a constitucionalidade acerca da cautelaridade no processo penal democrático. Além de afirmar que a medida cautelar é necessária ao processo. Assim, realiza uma análise da prisão preventiva e suas peculiaridades, tendo como ponto de partida um estudo do senso comum, doutrinário e jurisprudencial. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica, apoiada em livros e artigos acadêmicos especializados além de jurisprudência coletada. Observa-se que o uso excessivo das prisões de maneira alguma será o remédio para a atual crise do sistema carcerário brasileiro, e nem tampouco o uso excessivo de prisões cautelares vai causar uma sensação de tranquilidade à sociedade, pelo contrário, a sociedade se sente cada vez mais insegura pelos excessos das autoridades brasileiras.

**Palavras-chave:** Prisão Preventiva; Desprestígio; Presunção de Inocência.

## **ABSTRACT**

The trivialization of pre-trial detention and the prestige of presumption of innocence are quite harmful to society and to the entire legal system. Therefore, the present study aims to analyze the nature of the precautionary prison and the constitutionality of caution in the democratic criminal process. Besides affirming that the precautionary measure is necessary to the process. Thus, it performs an analysis of pre-trial detention and its peculiarities, starting with a study of common sense, doctrine and jurisprudence. The methodology used is the bibliographical research, supported in books and specialized academic articles besides collected jurisprudence. It is observed that the excessive use of prisons will in no way be the remedy for the current crisis of the Brazilian prison system, nor will the excessive use of precautionary prisons will cause a sense of tranquility to society, on the contrary, society feels each Insecure by the excesses of the Brazilian authorities.

**Keywords:** Preventive Detention; Desprestigio; Presumption of Innocence.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 PRISÃO PREVENTIVA – ANÁLISE CRÍTICA, ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS</b> .....	10
1.1 Conversão da prisão em flagrante em Prisão Preventiva “ex officio” - Gritante Violação ao Sistema Acusatório.....	10
1.2 Prisão Preventiva: Juízo de Periculosidade do Agente Como Um Requisito Para a Decretação Da Medida Cautelar .....	13
1.3 A Falácia da Garantia da Ordem Pública – Breves Considerações Críticas A Partir da Instrumentalidade Garantista do Processo Penal.....	16
1.4 O Desprestígio da Presunção de Inocência e os Reflexos na Política Criminal Brasileira .....	18
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	21
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	22

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre sobre a banalização da prisão preventiva e o desprestígio da presunção de inocência. Assim, realiza uma análise da prisão preventiva e suas peculiaridades, tendo como ponto de partida um estudo do senso comum, doutrinário e jurisprudencial.

Desse modo, o trabalho objetiva analisar a natureza da prisão cautelar e a constitucionalidade acerca da cautelaridade no processo penal democrático. Além disso, busca-se afirmar que a medida cautelar é necessária ao processo, mas que a banalização dela é bastante prejudicial à sociedade e a todo o ordenamento jurídico.

Para o resultado útil do processo, as vezes é necessário fazer uso da medida “*ultima ratio*” quando por exemplo há a necessidade de uma investigação mais completa da vida social do acusado, ou quando há um fundado risco de fuga, ou até quando o magistrado tem evidências de que o agente é voltado a prática reiterada de crimes e que sua liberdade causará intranquilidade na sociedade.

Os princípios constitucionais que regem todo o instituto cautelar são de extrema importância para se compreender realmente o caráter e a finalidade da prisão provisória. Entrando no estudo desses princípios nos deparamos com o princípio mais importante de todos, o da provisoriedade, dele se extrai desse a verdadeira essência da prisão preventiva, qual seja, a medida provisória.

Questiona-se caso o magistrado ao decretá-la fundamentada pelo risco de o acusado coagir testemunhas, passada a instrução seria preciso à manutenção daquele agente no cárcere? Se o motivo ensejador da medida já desapareceu?

Portanto, daí surge à problemática do trabalho, pois o uso excessivo das prisões de maneira alguma será o remédio para a atual crise do sistema carcerário brasileiro, e nem tampouco o uso excessivo de prisões cautelares vai causar uma sensação da tranquilidade à sociedade, pelo contrário, a sociedade se sente cada vez mais insegura pelos excessos das autoridades brasileiras.

Trata-se de um estudo de natureza bibliográfica. Uma vez realizado o levantamento bibliográfico, realizou-se a leitura exploratória do material coletado. Sendo a sua finalidade, colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto. Assim, o procedimento metodológico adotado fez uso de livros doutrinários, artigos acadêmicos especializados e jurisprudência coletada sobre o tema abordado.

Importa ressaltar, que o trabalho pretende estimular o debate em torno da banalização das medidas cautelares por entender que tal comportamento adotado vulgariza o processo penal.

Não é objeto de estudo do presente trabalho, mergulhar na história e falar da origem, e das penas aplicadas desde a idade média, e sim discutir a crise do processo penal brasileiro e de forma coerente analisar através da jurisprudência e da doutrina que as prisões preventivas, nos dias atuais, estão atravessando longos períodos de tempo, quando os princípios constitucionais não ensinam dessa forma.

O trabalho trata do problema dos fundamentos autorizadores da custódia cautelar, e traz algumas inquietudes acerca da não motivação dos fundamentos para a decretação da medida, corrompendo assim, o estado democrático de direito.

# 1 PRISÃO PREVENTIVA – ANÁLISE CRÍTICA, ASPECTOS DOCTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

## 1.1 Conversão da prisão em flagrante em Prisão Preventiva “*ex officio*” -Gritante Violação ao Sistema Acusatório.

Apesar de certa inconsonância doutrinária, pode-se afirmar que o sistema acusatório é o adotado no Código de Processo Penal Brasileiro vigente.

Entre todas as pequenas características que diferenciam o sistema acusatório do sistema inquisitório a separação das funções de acusar, defender e julgar é a principal.

O que realmente integra o sistema acusatório? A resposta vem por exclusão, ou seja, os que não se coadunam com o elemento do tipo característico do sistema, que seriam a divisão entre três sujeitos processuais com as tarefas de acusar, defender e julgar.

De acordo com Avena (2012) a grande diferença entre os sistemas acusatório e inquisitório é que este último tem por objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório há em princípio o respeito aos direitos fundamentais do acusado e há uma limitação do poder de punir arbitrário do estado juiz.

Como nas linhas anteriores ficou registrado, a função predominante do processo inquisitório consiste na realização do direito penal material. O poder de punir do Estado é o objetivo principal.

A Constituição Federal do Brasil ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a titularidade da ação penal (Art.129, I, CF/88) deixou bem claro que o sistema adotado pelo Código de Processo Penal é o acusatório que tem como características principais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, atribuída a sujeitos distintos.

Feita essa explanação para que fique claro o verdadeiro objetivo do sistema acusatório e mesmo com posições convergentes na doutrina, partirmos do princípio que o sistema acusatório é o sistema adotado pelo CPP brasileiro.

O órgão julgador é dotado de imparcialidade, devendo o juiz ficar equidistante das partes. No processo penal moderno o juiz não pode cometer os mesmos erros que os juízes do passado cometeram, pois, se no modelo inquisitório todos os poderes

de acusar, defender, investigar, colher provas e julgar se concentravam nas mãos de um único personagem, no sistema acusatório temos totalmente o oposto sendo cada personagem responsável pelo seu papel. Por isso é inadmissível em pleno século XXI um juiz abandonar todas as regras e formalidades que encantam o processo penal e “descer” de seu trono para então se vestir de inquisidor e atropelar uma série de direitos fundamentais garantidos ao acusado.

Voltando ao enfoque principal de nosso estudo, analisamos à luz da moderna doutrina e da jurisprudência a prisão preventiva.

Partindo do pressuposto que a Constituição Federal é o sistema que rege o processo penal brasileiro (acusatório) que como vimos anteriormente é dotado de separação das funções processuais e que tem como princípio fundamental a inércia do julgador (juiz), princípio este que age como um limite ao julgador que é destinado a ser totalmente imparcial teria o julgador o poder de ainda no inquérito policial, quando ainda não se pode nem falar em processo, uma peça inteiramente inquisitiva, decretar uma prisão em desfavor do acusado? Sem analisar nenhuma prova robusta trazida pelo órgão acusador (MP)? Seria justo decretar uma prisão cautelar fundada apenas em hipóteses de como aconteceu o crime? Essas são indagações que serão discutidas daqui por diante.

Para que haja decretação de uma prisão preventiva, ainda em sede de investigação, terá o juiz que identificar qual crime foi cometido, assim como disciplina o art. 313 do CPP, e só então a partir daí verificará se a medida cautelar é cabível ao caso concreto, portanto, causando uma nítida opinião própria do crime, e mesmo que inconscientemente uma possível reprovabilidade da conduta do acusado, ferindo de morte o sistema acusatório por completo (JARDIM, 2013).

Também deve o juiz identificar a existência da fumaça da prática de um crime e também indícios de sua autoria, o “*fumus commisi delicti*”, ou seja, o juiz deve observar até mesmo os requisitos para a denúncia (MP), e também analisar qual fundamento do art. 312 do CPP mais se amolda à conduta do agente, tudo isso quando ainda nem se tem ação penal, portanto não é possível pensar em outra saída senão na inconstitucionalidade dessa prisão (JARDIM, 2013).

Tudo isso o juiz deveria fazer “*ex officio*” e ainda sendo cordial ao princípio da inércia, que é diretamente ligado a imparcialidade do magistrado, ou seja, humanamente impossível (JARDIM, 2013).

Jardim (2013, p. 428) escreveu sobre a imparcialidade do julgador:

O princípio da imparcialidade do julgador representa uma das facetas da garantia constitucional do juiz natural, sendo assegurado constitucionalmente pela impossibilidade de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) e pela competência previamente fixada em lei (art. 5º, LIII). O postulado pode ser tido como norteador do processo penal bem antes da vigência da atual Carta. Inegável, entretanto, que ganhou, tal qual os demais, novos contornos, em especial por força das outras garantias constitucionais do réu – incluindo os princípios do juiz natural e da proibição de tribunais de exceção, às quais está necessariamente relacionado, assim também pela reserva ao Ministério Público, da promoção da ação penal pública, em caráter exclusivo (a privatividade a que alude a redação constitucional nada mais representa que o resguardo da ação penal subsidiária), (...) Primeiramente, cumpre lembrar que o princípio da ação, ou da demanda, ou da inércia da jurisdição, segundo o qual cabe à parte a iniciativa de instaurar o exercício da função jurisdicional, contribui de maneira essencial à higidez do princípio da imparcialidade. A experiência demonstra que o juiz que toma a iniciativa de instaurar o processo, o que é típico do sistema inquisitivo, acaba por ligar-se à pretensão, propendendo a decidir favoravelmente a ela.

Passamos agora a analisar a decisão proferida pelo juiz titular da 2º Vara Criminal da Comarca de Caruaru-PE, referente ao processo nº 0008189-51.2011.8.17.0480, que se absteve de decretar a prisão preventiva e/ou a liberdade provisória do acusado ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante.

O magistrado começa sua decisão analisando a constitucionalidade do art. 310 da nova redação do CPP, tendo em conta a vigência da Lei 12.403/2011. Segundo ele, o dispositivo normativo induz a erro o magistrado, pois segundo o referido artigo, o juiz ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante, só poderia relaxar a prisão ilegal, se ilegalmente realizada, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou, ainda, decretar, de ofício, a prisão preventiva do indiciado.

Assevera o magistrado:

Como é notório, no meio jurídico, a interpretação literal de leis infraconstitucionais quase nunca é a que mais serve aos propósitos constitucionais expressos na CF de 1988. Há de se fazer, sempre que necessária, uma “filtragem constitucional”. Daí que, de logo, podemos já concluir pela inconstitucionalidade da determinação contida no art. 310, II, do CPP, quando comanda ao juiz “converter” a prisão em flagrante em prisão preventiva, sem que haja requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial. Se assim procedesse, estaria o juiz ferindo de morte o Sistema Acusatório (exposto no art. 129, I, da CF, além de noutros artigos), a inércia jurisdicional e sua imparcialidade.

E continua:

Dessa forma, ao passo em que entendemos inconstitucional o novel art. 310, inc. II, do CPP, na parte em que determina a conversão de flagrante em preventiva, significando o mesmo que decretá-la ou impô-la, de ofício, em sede inquisitorial, compreendemos que a análise sobre o cabimento ou não de liberdade provisória, com ou sem fiança, demanda documentação minimamente viável para que se possa aferir a periculosidade social do agente (folha de antecedentes) ou se este representa risco para a instrução processual ou, ainda, para a aplicação da lei penal (análise possível ao fim do inquérito policial).

Portanto, o magistrado como se absteve de julgar a decretação da medida cautelar, também entendeu que não foram colhidas provas concretas que o indiciado solto não mais voltaria a delinquir e portanto, também achou que a liberdade provisória naquele momento poderia ser uma decisão antecipada e que poderia causar prejuízos tanto ao processo, quanto à sociedade, por isso abriu o prazo de 05 (cinco) dias para que fosse juntada certidão de antecedentes criminais, e outros documentos necessários para a concessão de liberdade provisória, como comprovante de residência, dentre outros, e finalmente intimou o Ministério Público, o verdadeiro patrono da ação penal, para que se manifestasse sobre a prisão preventiva e/ou a liberdade provisória do indiciado.

## **1.2 Prisão Preventiva: Juízo de Periculosidade do Agente Como Um Requisito Para a Decretação Da Medida Cautelar**

Já sabemos que todas as prisões cautelares no processo penal brasileiro são decretadas com base no risco de reiteração delitiva do agente, exceto as medidas cautelares decretadas pela fuga consumada do indiciado. Portanto, a primeira pergunta que o julgador deve fazer no seu subconsciente ao receber um pedido de prisão preventiva, ou outra medida cautelar é, se existe um fundado risco que o agente solto causará intranquilidade à população, praticando novos crimes.

Como já demonstrado, para a decretação de qualquer das medidas cautelares é necessário que exista o requisito (*fumus commissi delicti*) e o fundamento (*periculum libertatis*).

Em relação ao fundamento, a própria nomenclatura diz por si só, há que se ter um fundado perigo em relação ao estado de liberdade do agente, podendo esse perigo

ser fundamentado em risco para a ordem pública, para a ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Lopes Jr (2016, p. 636) ensina que:

Qualquer que seja o fundamento da prisão é imprescindível a existência da prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Portanto, o juízo de periculosidade do agente é o principal pressuposto para o acolhimento da medida de natureza cautelar em estudo, o objetivo principal da medida cautelar é justamente evitar esse perigo de que o agente solto poderá voltar a delinquir, perigo esse chamado de "*periculum libertatis*".

Segundo Szesz (2014, p. 56):

Podemos identificar dois tipos diversos de juízo de periculosidade: a) uma previsão acerca da potencialidade de uma conduta futura do réu – a qualidade de perigoso é atribuída ao sujeito passivo da medida; e b) uma previsão acerca da potencialidade de reações indesejadas pelo restante da sociedade – a qualidade de perigoso não é individualizada e é atribuída a elementos externos ao processo penal. São exemplos do primeiro tipo os fundamentos intraprocessuais das medidas e o fundamento de perigo de reiteração delitiva. O segundo tipo consiste na prisão por garantia da ordem pública (...).

Esse tema (periculosidade do agente) foi "importado" por alguns estudiosos principalmente das medidas de segurança. A principal diferença entre a medida cautelar e as medidas de segurança é o momento de aplicação de cada uma, por que as medidas de segurança são aplicadas depois que já houve uma instrução para averiguar a periculosidade do agente, e nas medidas cautelares em sua grande maioria ocorre o oposto, ou seja, é decretada quando nem se pode falar em processo (SZESZ, 2014).

Outra característica das medidas de segurança é que o juiz competente para julgar quase sempre é auxiliado por um perito para que emita um laudo técnico a respeito da periculosidade do agente, ou seja, o perito da área emite um parecer esclarecendo algum eventual distúrbio que o acusado possa ter, ou não tendo ele qualquer distúrbio, também ficará a cargo do perito analisar se aquele indivíduo tem perfil de quem voltaria a delinquir, analisando assim sua periculosidade. Em contrapartida sabemos que o juiz ao analisar uma medida cautelar não tem o auxílio

de qualquer profissional para ajudar em questões peculiares como ao analisar o perfil de uma pessoa, saber se ele poderá voltar a delinquir (SZESZ, 2014).

Alguns autores (SZESZ, 2014 e AVENA, 2012) enxergam problemas em relação a esse estudo, pois segundo eles temem quanto a eventuais incidentes produzidos pelos considerados “não perigosos”, ora, é claro que não se pode ter um grau de certeza máxima, até porque nos dias de hoje, as prisões cautelares estão totalmente banalizadas e justamente pelo magistrado não adotar realmente o caráter de “*ultimaratio*” das medidas, a grande maioria das pessoas encarceradas no Brasil, sequer chegaram a cometer algum ilícito em suas vidas. Portanto, ao nosso ver essa crítica de alguns estudiosos da área cai por terra, ao analisarmos a situação do atual sistema carcerário e principalmente do tão fragilizado poder judiciário brasileiro.

Considerando que não é fácil olhar para o rosto de alguém e com apenas algumas informações poder atestar se essa pessoa corre o risco de voltar a delinquir, podendo colocar a vida de outras pessoas em perigo, porém há estudiosos que já estão pensando em um método mais racional, elaborando todo um procedimento para que se chegue a tal decisão (SEZSZ, 2014).

Ao demonstrar a tese de racionalização do juízo de periculosidade do agente, defendida por Tortosa, André Szesz (2014, p.78-79) apresenta o processo em passos destrinchados, vejamos:

O ponto de partida seria a própria condição de imputado (ou réu) do acusado; através de uma audiência, os pressupostos materiais da proteção do processo deveriam ser analisados, os quais incluiriam o risco de frustração processual e as disposições material e anímica do acusado para realização desse risco; a finalidade necessária seria deduzida a partir da análise desses pressupostos; observa-se iam as regras de proporcionalidade, mediante uma listagem de todas as medidas idôneas para a finalidade perseguida, seguida de uma eleição da menos gravosa dentre as suficientes, com a ponderação do meio eleito em relação ao objeto que se deseja proteger e; por fim, comprovar-se ia a existência dos demais requisitos da medida que resultou do juízo precedente.

Em relação à ideia geral do estudo, seria de grande valia para o judiciário brasileiro, pois além de inovadora a tese, o grau de incerteza seria bastante reduzido, pois basta olhar para como os juízes estão decretando prisões preventivas equivocadamente, fazendo menção à gravidade do crime, mesmo que bastante abstrata, e quando se chega ao ponto crucial que seria o fundado perigo de agente

voltar a delinquir, eles simplesmente dizem que está demonstrada a periculosidade do mesmo e ponto final.

Por fim, esse estudo é realmente muito interessante e se assemelha muito as análises feitas por peritos, principalmente os que convivem diariamente com os detentos nos estabelecimentos prisionais, realizando exames que são fundamentais para determinar se realmente o apenado tem condições de voltar a viver em sociedade, e se encaixaria como uma luva, em relação às prisões cautelares, pois só assim, para não ficara mercê de um juiz que simplesmente se remete às palavras frias da lei, pensando unicamente no direito, o que está totalmente errado, pois o que está em jogo é a liberdade de uma pessoa, portanto, não dá pra se apegar unicamente a uma ciência, mas sim buscar guarida em várias outras para que com o passar do tempo seja reduzido em quase zero as barbáries ante cometidas pelo judiciário brasileiro.

### **1.3 A Falácia da Garantia da Ordem Pública – Breves Considerações Críticas A Partir da Instrumentalidade Garantista do Processo Penal.**

Nos dias atuais, virou costume os magistrados decretarem prisão preventiva até pelo motivo do indiciado não residir na comarca onde está sendo responsabilizado pela pratica de crime (LOPES JR, 2016).

A tutela cautelar, como já explanado anteriormente, tem caráter de “*ultima ratio*”, é usada apenas como um instrumento para garantir a efetividade do processo, ou seja, deveria ser usada apenas no fundado risco de que o acusado solto poderia atrapalhar a instrução processual, como por exemplo coagindo e intimidando testemunhas; ou também se houvesse um fundado risco de fuga, que essa seria uma tentativa de escapar da aplicabilidade da lei penal.

E finalmente poderia também a medida cautelar ser fundamentada sob o perigo da ordem pública ou da ordem econômica, ou seja, em suma, o é quando o acusado solto poderia causar uma intranquilidade na comarca, a grosso modo, é aquela situação que deixaria a cidade em pânico; em relação a garantia da ordem econômica é apenas uma repetição da garantia da ordem pública, que se remonta ao “clamor público”, ao fazer uma simples comparação todos os argumentos de que os dois fundamentos são distintos caem por terra, basta pensar do seguinte modo, afetando a ordem pública de um modo geral, é logico que afetaria também a ordem econômica

pois é o risco de que o indivíduo solto poderá praticar crimes contra a ordem econômica, ou seja mais um dispositivo falacioso (LOPES JR, 2016).

É presumível que a maioria das decisões são fundamentadas na garantia da ordem pública. Tal fundamento é o preferido dos magistrados que assemelham a prisão preventiva como uma forma de “fazer justiça” e não como uma forma de assegurar o útil desenvolvimento do processo.

Acentua Lopes Jr (2016, p. 662):

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despojado de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral é aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

O “clamor público”, tão rotineiramente apresentado pelos membros do Ministério Público, ou ainda pior, quando apresentado pelo próprio juiz que primeiro acusa, para depois julgar, mas isso é um estudo que já demonstramos anteriormente, nada mais é do que a opinião da sociedade em relação ao próprio fato típico, vamos pensar um pouco naqueles nomes de operações grandiosas feitas pela polícia, por exemplo, operação lava jato, nada mais é do que influência midiática para que a população assemelhe mais rapidamente do que se trata a investigação, que de fato, não tem nada de secreta, e portanto já induz um sentimento de justiça dentro da própria população que não sabe separar um grande caso de corrupção de um simples furto famélico (LOPES JR, 2016).

Sob o aspecto da doutrina garantista, o art. 312 do CPP vai totalmente de encontro o que ordena a Constituição Federal, uma vez que altera significativamente o caráter excepcional da medida e a torna como uma forma de antecipação de pena imposta pelo Estado.

De acordo com Badaró (2009, p. 193-194):

A expressão “ordem pública” é vaga, de conteúdo indeterminado. A ausência de um referencial semântico seguro para a “garantia da ordem pública” coloca em risco a liberdade individual. (...) Quando se prende para “garantir a ordem pública” não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao

contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal.

De outra banda, conflitando as medidas cautelares autorizadas pelo risco da ordem pública, percebe-se apenas ilações atribuindo conjecturas a gravidade abstrata do crime, e o risco eventual de o agente voltar a delinquir, não podemos pensar de outra forma, senão na inconstitucionalidade da medida.

#### **1.4O Desprestígio da Presunção de Inocência e os Reflexos na Política Criminal Brasileira**

Numa breve reflexão sobre a política criminal brasileira contemporânea, é fácil constatar que esta é voltada à ampliação da repressão a determinados grupos sociais e ao uso contínuo do encarceramento de massa. Há uma clara banalização da prisão preventiva e o desprestígio da presunção de inocência.

No Brasil predomina a criminalização e o encarceramento em massa de indivíduos predominantemente “pretos e pobres”. Situação facilmente perceptível nas penitenciárias brasileiras, repletas de indivíduos que, marginalizados, não tiveram uma escolaridade adequada, uma condição de vida digna; ficando mais propensos a cometer delitos.

A segregação gera o sentimento de que existe uma Justiça Penal feita por homens brancos para proteger brancos ricos e incriminar negros pobres. Neste sentido, a lei penal existente no Brasil serviria aos propósitos de camuflar e perpetuar a opressão de séculos passados.

Parece que não há presunção de inocência para um homem negro, este é sempre um criminoso em potencial, portanto, deve ser encarcerado e afastado dos olhos da população branca. A mídia e seus programas policiaiscos também ajudam a espalhar o discurso preconceituoso, alimentando culturalmente a ideia de que o homem negro é mal e que precisava ser banido do convívio social. Ao associar afrodescendentes ao mundo do crime, a mídia chancela o aprisionamento deles nas cadeias em quantidade cada vez maior.

O fato é que a política criminal como legitimadora da subjugação e a violência praticada contra negros e pobres é uma realidade. A similaridade no tratamento discriminatório se verifica no sistema prisional brasileiro. No Brasil, há o recurso amplo ao encarceramento das camadas mais pobres da população; razão pela qual o país

hoje tem a quarta maior população carcerária do mundo.

Aqui, as respostas à criminalidade consistem, em sua grande maioria, em penas sem observância às garantias constitucionais. Nessa linha, denuncia o jurista Geraldo Prado (2012), a existência de práticas autoritárias e antidemocráticas no processo penal brasileiro que não encontram respaldo na Constituição Federal de 1988.

Diante da permanência de práticas autoritárias no processo penal, Prado (2012, p.14) diz não duvidar da sincera adesão dos profissionais do Direito ao ideal de democracia. Contudo, sabe que a própria noção de democracia não é unívoca, prestando-se a plurais e às vezes antagônicas representações. Acredita o autor que a persistência de autoritarismos estaria relacionada ao fato dos operadores do Direito serem fieis a modelos positivistas do passado.

Nesse sentido, o principal obstáculo para que o nosso processo penal seja compreendido sob o prisma constitucional, ou seja, na condição de um instrumento destinado a proteção dos direitos e garantias dos indivíduos frente ao poder estatal, é o fato de que os operadores do Direito brasileiro foram formados dentro de uma cultura jurídica autoritária, inquisitorial e paleopositivista.

Há sempre alguma dose de arbitrariedade na conformação dos modelos jurídicos, por isso é fundamental a atenção às conseqüências da implantação de institutos e o exame de sua repercussão por vários ângulos e não, exclusivamente, pelo da conveniência do Poder. (PRADO, 2012, p. 15).

O discurso corrente entre os profissionais do Direito preconiza a democratização da Justiça Penal, na prática observa-se uma forte resistência do campo jurídico em assumir a sua responsabilidade política na consolidação democrática. Nesse sentido, ficam cada vez mais evidentes as posturas autoritárias que vêm sendo incorporadas pelo Estado brasileiro e articuladas, também, pela Justiça Penal.

Segundo Prado (2012) o autoritarismo se institucionalizou em nossa sociedade, sobretudo nas forças policiais e no Judiciário, possibilitando que essas instituições continuassem a exercer suas atribuições de forma violenta e autoritária, mesmo após a redemocratização do país.

No Brasil atual, a Justiça Penal, mesmo durante a execução da pena, opera de forma autoritária e excludente, ao suprimir ao máximo os direitos previstos em lei

para os condenados, adotando uma postura altamente repressiva, revelada pelos ínfimos percentuais de benefícios concedidos. Aqui é imperioso considerar que, a própria lei processual penal brasileira possui essência autoritária, pois, apesar das reformas sofridas ao longo do tempo, nosso Código de Processo Penal (atual) ainda é o mesmo de 1941.

O fato é que o Estado brasileiro percebeu que manter-se autoritário, multiplicando crimes, aumentando penas e endurecendo a execução, é expediente fácil para garantir o sucesso das políticas liberais adotadas. De acordo com Prado (2012) em um ciclo vicioso como esse, o campo jurídico passa a associar a eficiência à repressão. Muitos, inclusive, ressentem-se dos limites legais que protegem os direitos dos réus e dos condenados. Encaram como uma restrição à sua prerrogativa de punir. A legitimidade, portanto, está na atuação autoritária.

Nesse sentido, a consolidação do Estado punitivo, alçou, portanto, a questão do combate ao crime como peça do grande consenso presente na uniformização dos valores políticos, morais e sociais das sociedades contemporâneas. A defesa constante da "guerra contra o crime", agindo como elo hegemônico consensual, amplia a utilização meramente simbólica e autoritária do Direito Penal. Nesse contexto, o que se verifica é a consolidação de uma sociedade de exclusão, de uma democracia sem cidadania, de um cidadão sem direitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o decorrer do presente trabalho, procurou-se analisar o instituto da prisão preventiva, nas diversas fases do processo, e apontando algumas divergências com o atual ordenamento jurídico pátrio, que se coloca sob a proteção das garantias constitucionais recepcionadas pela Constituição Brasileira.

O princípio da presunção da inocência, imbricado, umbilicalmente, com o princípio da dignidade humana, é valor caro à sociedade brasileira e, principalmente, ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, constituindo-se, também, em cláusula pétrea albergada pela Constituição Federal, imodificável por deliberação do constituinte derivado.

A mesma Constituição Federal que oferta respeito e valor ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, LVII), também agasalha a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal – STF por protegê-la e guardá-la (artigo 102). E, por proteger e guardar a Constituição Federal deve ser entendido, também, o poder-dever de interpretá-la e de dar aos seus dispositivos e às suas disposições o entendimento mais compatível com a própria Constituição, com o ordenamento jurídico e com a evolução das relações jurídico-sociais que se desenvolvem na materialidade da vida cotidiana.

O sistema processual brasileiro deve se coadunar com a Constituição brasileira, pois dela é que recebe sua autoridade jurídica para manter-se na ordem jurídica, e, como tal, deve estar limitado às garantias recepcionados na carta magna, não podendo assim mitigar princípios a acobertar atitudes e recursos que se põem contra a dignidade humana.

Diante do exposto, não há como negar que o instituto das prisões cautelares, como um todo, é de importância para assegurar o resultado útil do processo penal, porém há que se ter uma comprovada necessidade para a decretação da medida e que sempre deve vir de maneira fundamentada pela autoridade judicial, sob risco de macularmos todo o sistema penal. O processo penal, como busca seu fundamento de validade na CF, deve se valer em defender a ordem constitucional e a unidade do ordenamento jurídico, ou do contrário, iremos assistir a barbáries.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. Edição. Ed. Método, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. In: FERNANDES, Org. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei nº 12.403/11**. Edição. Lugar: editora, 2012.

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

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal 1941**. Vade Mecum. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 / Alice Bianchini...** [et al.]; coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juiris, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo. Campo Jurídico e Capital Científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil, a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS; Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SZESZ, André, **O juízo de periculosidade na prisão preventiva**. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.