



CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS

*Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 1.162, de 13/10/16, D.O.U. nº 198, de 14/10/2016
AELBRA EDUCAÇÃO SUPERIOR - GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO S.A.*

Marcelo Augusto Rodrigues Barros

PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA FRENTE
AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Palmas/TO

2020

Marcelo Augusto Rodrigues Barros

PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA FRENTE
AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientadora: Prof. MSc. Denise Cousin Souza Knewitz

Palmas/TO

2020

Marcelo Augusto Rodrigues Barros
PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA FRENTE
AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientadora: Prof^a MSc. Denise Cousin Souza Knewitz

Aprovado (a) em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a Denise Cousin Souza Knewitz
Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof(a). [nome e titulação do Professor(a)]
Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof(a). [nome e titulação do Professor(a)]
Centro Universitário Luterano de Palmas

Palmas/TO

2020

Dedico este trabalho aos meus pais, a minha irmã e amigos, pelo amor incondicional, pelo carinho e compreensão.

Agradeço a minha orientadora Prof^a. Denise Cousin Souza Knewitz, pela colaboração, paciência e dedicação, que pelo apoio e orientação possibilitou a realização desse trabalho.

“O conhecimento exige uma presença curiosa do sujeito em face do mundo. Requer uma ação transformadora sobre a realidade. Demanda uma busca constante. Implica em invenção e em reinvenção”. - Paulo Freire

RESUMO

O presente trabalho buscou integrar a prisão preventiva como garantia da ordem pública, com o princípio constitucional, aplicado ao processo penal, o princípio da presunção de inocência, chegando assim a discussão central do trabalho, sobre a legalidade de uma prisão realizada antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, e quais são os fundamentos e hipótese para realização de tal prisão. Foram levadas em consideração a aplicação da lei de acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores, a doutrina, tanto majoritária, que apoiava a legalidade da preventiva, quanto a minoritária que possuía ressalvas sobre a decretação de uma prisão com o fundamento de garantir a ordem pública. Constatou-se uma necessidade de se usar uma medida de extrema excepcionalidade, de natureza cautelar, como forma de garantir um melhor funcionamento da justiça e conseqüentemente a paz social, que por sua vez, não pode assumir o papel de penal.

Palavras-chave: medida cautelar; ordem pública; presunção de inocência; prisão preventiva; processo penal;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRISÃO PREVENTIVA.....	10
1.1 CONCEITO, FINALIDADE, NATUREZA JURÍDICA.....	10
1.2 ORIGEM HISTÓRICA DA PRISÃO PREVENTIVA.....	12
1.3 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	14
1.3.1 Da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública.....	17
1.3.2 motivação judicial para decretar a prisão preventiva de acordo com as alterações pela lei nº 13.964/ 2019	18
2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	21
2.1 CONCEITO E FINALIDADE	21
2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL	23
2.3 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	25
2.4 A PRISÃO PREVENTIVA COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	28
3 PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	31
3.1 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	33
3.2 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	37
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Discorrer sobre um tema como a prisão preventiva decretada com o fundamento de manutenção da garantia da ordem pública no cenário jurídico brasileiro em que a Constituição Federal de 1988 prevê a liberdade como regra acima de tudo, (e por sua vez, deixa a sua privação como exceção), levanta a necessidade de entender como poderá ocorrer uma prisão antes de uma sentença condenatória transitada em julgado.

A prisão preventiva é uma medida cautelar que consiste na restrição de liberdade, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, antes de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Para a realização deste trabalho, se faz necessário a discussão de correntes doutrinárias de alguns autores, além de jurisprudências e entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e assim estabelecer uma linha de raciocínio entre a aplicação da lei penal e as circunstâncias em que a prisão preventiva pode ser decretada, buscando assim a explicação de sua constitucionalidade.

Vale a pena esclarecer, que a finalidade do presente trabalho não é a comprovação da inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, mas sim levantar discussões sobre a existência ou não, de uma provável incompatibilidade da prisão preventiva com o princípio da presunção de inocência.

Visto isso, o presente trabalho será dividido em três capítulos, que abordarão conceitos, finalidades, posicionamentos doutrinários e discricão histórica, cujo objetivo será o melhor entendimento sobre a prisão preventiva. Primeiro será discorrido sobre a prisão preventiva, logo após o princípio da presunção de inocência e por fim, a observação das correntes doutrinárias e os posicionamentos dos tribunais superiores.

No primeiro capítulo será abordado exclusivamente a prisão preventiva, como o seu conceito, finalidade, natureza jurídica, origem histórica, a motivação para a sua decretação, os seus pressupostos para a decretação, além de algumas alterações trazidas pela Lei Nº 13.964 de 2019.

No segundo capítulo, o foco será no Princípio da Presunção de Inocência, além de apresentá-lo, também será exposto a influência da mídia sobre o processo penal, e, conseqüentemente a interferência no Princípio da Presunção de Inocência. Concluindo o capítulo, o Princípio será colocado em comparação a prisão preventiva que busca a ordem pública.

No terceiro capítulo, após expor todo contexto da prisão preventiva e do Princípio da Presunção de Inocência nos capítulos anteriores, buscará posições doutrinárias e posicionamentos sobre a preventiva, trazendo também jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, montando assim uma comparação entre pensamentos, estudos e julgados sobre o tema, de modo a verificar de forma detalhada tal medida no cenário jurídico brasileiro.

A Constituição é a base de todo sistema jurídico e deve ser seguida à risca, sua interpretação se vê necessária para uma melhor compreensão das normas já vigentes, ou seja, o Código de Processo Penal não deve contrariar a Carta Magna de 1988, e todo dispositivo que a viole, deve ser considerado inconstitucional.

A intenção precípua deste estudo é a de demonstrar que mesmo sendo chamada de prisão preventiva, tal medida não possui finalidade de pena, mas no decorrer de sua aplicação assume tal finalidade, pois perde as características de uma medida cautelar, gerando assim uma prisão ilegal. Além de ser provar uma medida de grande importância para a manutenção da justiça, também se demonstra uma prisão de extrema complexidade e questionamentos acerca da sua decretação, com fundamentos específicos, que demonstram a sua excepcionalidade.

1 PRISÃO PREVENTIVA

1.1 CONCEITO, FINALIDADE, NATUREZA JURÍDICA

A prisão preventiva é a restrição da liberdade de locomoção por e meio de medida cautelar prevista no Código de Processo Penal. A prisão preventiva poderá ser decretada antes de uma sentença, ou seja, antes da condenação, podendo ocorrer no curso do processo penal, dando a impressão de uma prisão sem pena formada.

De acordo com CAPEZ (2014, p. 335) “a prisão preventiva é uma prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase do processo ou da investigação policial, antes do trânsito em julgado, quando todos os requisitos legais estiverem preenchidos”.

Nesse sentido Thiago Nascimento dos Reis (2017, p.4) discorre sobre a prisão provisória:

Prisão provisória refere-se a todo o período de privação de liberdade de um suspeito antes do trânsito em julgado da sentença. Ela abrange a prisão de suspeitos antes da denúncia, de réus antes do julgamento, e de réus condenados por sentenças não transitadas em julgado. A prisão provisória deve ser excepcional, o que significa que, em regra, indivíduos devem responder o processo em liberdade. Tal excepcionalidade decorre do direito à presunção de inocência – artigo 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“CADH”) –, que garante que suspeitos somente serão considerados culpados – e tratados como tal – após serem condenados em instância final e de acordo com o devido processo legal.

Segundo o discorrido pelo autor pode-se observar que a medida cautelar deve ser utilizada apenas em casos excepcionais no decorrer do processo, antes do trânsito em julgado, pois até que se prove o contrário o agente deve aguardar em liberdade o final do processo penal, ou seja, terá sua liberdade privada em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, exceto nos casos previstos em lei.

A prisão preventiva é uma medida cautelar prevista no Código de Processo Penal, em seu artigo 312 prevê as situações que autorizam a decretação de tal prisão, essa medida cautelar poderá ser decretada para: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Artigo 312 do Código de Processo Penal. (Decreto-Lei nº 3.689/1941) disciplina, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a

aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Percebe-se com a redação do artigo 312 do CPP que a prisão preventiva possui a finalidade de garantir ou manter a ordem pública, a ordem econômica, por alguma conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, e será decretada pelo juiz quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Tais finalidades, pelo que se pode entender, foram escolhidas pelo legislador simplesmente para resguardar o devido processo legal, sendo assim, uma medida excepcional, sem a intensão de punir, sendo assim, possui a intensão de proteger o sistema jurídico e social.

Nos casos de decretação da prisão preventiva, essa medida cautelar possui diversas finalidades, como resguardar a tranquilidade da sociedade em relação a conduta do acusado, que em diversos casos poderia trazer uma grande uma sensação de insegurança e impunidade, pois o indivíduo poderá continuar a realizar delitos enquanto estiver em liberdade, ou seja garantir a ordem pública.

No caso de o indivíduo oferecer riscos a sociedade, ou de continuar a cometer crimes, interferir de forma ilegal no processo, ou apresentar risco de fuga, o) que acarretaria no não cumprimento de uma futura pena), a preventiva terá como objetivo garantir a execução da lei penal.

A prisão preventiva possuirá a finalidade de assegurar que o devido processo legal seja resguardado, sem lesar nenhuma parte, protegendo o ordenamento jurídico e assim oferecendo uma maior eficácia na aplicação da lei.

De acordo com Elaine Martins de Sousa Alves e Tiago Guimarães Vilela (2014, p.179):

A prisão preventiva porta certas características de uma tutela antecipatória, como soe ocorrer com a tutela antecipada civil, embora evidentemente, devam ser respeitadas as devidas proporções, uma vez que não se está lidando com questões de cunho patrimonial e sim com a liberdade.

Pode-se perceber que os autores demonstram que a prisão preventiva e uma prisão cautelar com natureza processual e características de tutela antecipatória, que visa a restrição de liberdade antes do trânsito em julgado, feita pela autoridade a quem possui competência, e pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.

De acordo com CAPEZ (2014, p.335) “a prisão preventiva é a modalidade de prisão provisória que possui natureza cautelar e tem objetivo de garantir a eficácia e eficiência do processo, que por eventual demora poderá ser comprometido”. Sendo considerada uma medida

de extrema rapidez e eficiência para sua decretação, assegurando assim o andamento da investigação policial ou do processo criminal em qualquer fase antes do trânsito em julgado

Portanto, a prisão preventiva é uma exceção à regra, que ocorrerá antes de uma condenação criminal transitada em julgado, com finalidade de manter o bom funcionamento da justiça e também poderá assumir a função de garantir a aplicação de uma futura pena, não assumindo o caráter de pena, o que tornaria ilegal a sua decretação.

1.2 ORIGEM HISTÓRICA DA PRISÃO PREVENTIVA

As medidas cautelares foram introduzidas no Brasil durante período colonial, que em regra, ninguém poderia ser preso sem culpa formada ou ordem expressa de um juiz. Somente em 1824, com a publicação da Constituição do Império, em seu Artigo 179, discorria que, ninguém poderia ser preso sem culpa formada e sem mandado decretado pelo juiz, possuindo as seguintes exceções: a hipótese de flagrante delito e a hipótese de crime apenado com morte natural ou civil.

Nesse mesmo sentido o Código de Processo de 1832, demonstra em seu artigo 175 (BRASIL. 1832) que:

Art. 175 Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, á excepção dos de flagrante delicto, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da autoridade legitima.

No caso do referido artigo, pode-se perceber que era prevista no Código supracitado a prisão mesmo sem culpa formada, para aqueles presos em flagrante ou para os que fossem indiciados por crimes que não possuíssem a opção da prestação da fiança. Percebe-se que no Código de 1832 a prisão preventiva era prevista para crimes inafiançáveis, e dependia de ordem de uma autoridade legítima.

Em 1861 um novo projeto, que resultou na criação Lei Nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que em seu artigo 13 e parágrafos, dispunha sobre a prisão antes da culpa formada, ou seja, a prisão preventiva nos termos do artigo não poderia exceder o tempo de um ano depois da data do crime. Somente em 1909 com o Decreto 2.110, de 30 de setembro de 1909 que a forma para a decretação da prisão preventiva foi ampliada.

Segundo Marcelo Cardozo da Silva (2016, online):

Após, pelo artigo 27, parágrafo 1º, I e II, Decreto 2.110, de 30 de setembro de 1909, ampliou-se o espaço para a decretação da prisão preventiva; outrossim, revogou-se a limitação temporal para a sua decretação, que dependeria, sob esse aspecto, exclusivamente da não-ocorrência de prescrição.

Nesse sentido o (Decreto 2.110, de 30 de setembro de 1909) disciplina, *in verbis*:

Art. 27. A prisão preventiva é autorizada de acordo com a legislação vigente.

§ 1º Dos crimes afiançáveis quando se apurar no processo que o indiciado:

a) é vagabundo sem profissão lícita e domicílio certo;

Já cumpriu pena de prisão por efeito de sentença proferida por tribunal competente.

§ 2º, nos crimes inafiançáveis, enquanto não prescreverem, qualquer que seja a época em que se verificarem indícios veementes de autoria ou cumplicidade, revogado o § 4º do art. 13º da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 e § 3º do art. 29 do decreto n. 4.824, de 29 de novembro do mesmo ano.

Com a redação do artigo supracitado, pode-se entender o que o autor quer dizer com a ampliação da prisão preventiva, pois de acordo com esse decreto a decretação teria um espaço mais amplo diante da legislação vigente, além de aumentar o tempo para a decretação, diminuindo assim as limitações do tempo que poderiam impedir a aplicação da prisão pelas autoridades responsáveis.

De acordo com Layse Negromonte Azevedo (2011, p.17):

A legislação processual penal de 1941 trouxe as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e os seus pressupostos que autorizam sua decretação. Tais hipóteses sofreram significativas alterações com a Lei n. 12.403 de 2011, que confirmou o caráter cautelar da prisão e positivou sua subsidiariedade ao introduzir medidas cautelares do encarceramento que têm preferência na aplicação no caso concreto.

Em 1977 com a redação da Lei 6.416, o critério de crimes inafiançáveis ou não para decretação da prisão preventiva, foi deixado de lado, e autorizou a preventiva nos crimes dolosos afiançáveis, exigindo somente que a punição deveria ser de reclusão. Para os casos em que os crimes fossem punidos com detenção, a medida apenas seria empregada quando se apurasse que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la e se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado. Como se pode perceber na redação do artigo 313 (Lei Nº 6.416, de 24 de maio de 1977) que disciplina:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal.

O que se pode perceber com as alterações da Lei nº 6.416 de 1977, é que começou uma mudança no sistema no qual possibilitava a prisão preventiva, que de certo modo, ajudou e provocou melhorias para um sistema de tutela cautelar mais atual para os padrões da época. Com isso o autor Marcelo Cardozo da Silva (2016) explica que, o direito brasileiro deixou a tradição que autorizava a prisão preventiva apenas nos crimes em que não tinha lugar a fiança, pois de fato os crimes infiançáveis, possuíam uma necessidade da medida de segregação, como se pode ver no período anterior ao Código de Processo Penal de 1941, que nem mesmo havia referências a elementos da medida cautelar.

O autor Marcelo Cardozo da Silva também afirma que, a partir da desvinculação da impossibilidade da concessão da fiança de qualquer presunção de necessidade de prisão, a necessidade da prisão ocorria independentemente da pena cominada, e a impossibilidade da concessão de fiança. A necessidade da prisão preventiva passou a ter um foco mais amplo no sistema normativo da fiança. (SILVA, 2016)

Com o explanado nesse capítulo, percebe-se que a prisão preventiva aplicada na justifica atualmente, passou por diversos processos e fases, pode-se dizer que ao passar dos anos, com as novas legislações, a preventiva evoluiu de maneira lenta, e apenas recentemente com a Carta Magna de 1988 e os princípios fundamentais, a prisão preventiva assumiu uma importância indiscutível no ordenamento jurídico, mesmo com as divergências e mudanças na legislação e doutrina.

1.3 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva possui como pressupostos para a sua decretação a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria. A prova da existência do crime pode ser considerada como a materialidade dos fatos que foram usados para decretação da cautelar, já os indícios suficientes de autoria se baseiam na mera existência de indícios que por sua vez são necessários para a decretação da preventiva, não é necessário haver provas incontestáveis, apenas indícios como o termo sugere.

Nesse sentido, conforme TÁVORA e ALENCAR (2014, p.732), “para a decretação da preventiva é fundamental a demonstração de prova da existência do crime, revelando a veemência da materialidade, e indícios suficientes de autoria ou de participação na infração” .

Com essa afirmação percebe-se que a decretação da cautelar precisa ser motivada e fundamentada com indícios ou provas de sua materialidade, impedindo assim que ocorra a prisão quanto à existência ou não do crime.

Segundo LOPES JR. (2017, p.631) a simples ideia de que ocorreu um crime não implica na certeza, e sim na probabilidade razoável. Para CAPEZ (2014, p.336), não se exige prova plena, sendo necessária apenas a probabilidade do réu ou indiciado ser o autor do crime. Pode-se entender que mesmo que não haja uma culpa formada do suposto autor do crime, os meros indícios podem ser usados para a decretação, observando que de fato a interpretação do juiz a luz dos fatos é essencial para a decretação ou não da medida cautelar. De maneira bem clara, entende-se que os fundamentos devem ser suficientes, levando assim em consideração o peso das suspeitas e das possíveis provas.

De acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva terá como fundamentos para a sua decretação a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal e por descumprimento da medida cautelar imposta. Como se pode perceber com a redação do art. 312 do CPP (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) disciplina, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada

Ao perceber que a liberdade de um determinado indivíduo oferece perigo para o funcionamento da justiça ou para a tranquilidade social, a prisão preventiva, como está previsto no CPP, poderá ser decretada a para assegurar o pleno funcionamento do judiciário, e também, terá como objetivo manter a paz social. Em relação aos conceitos dos fundamentos apresentados para a decretação da prisão preventiva, Aury Lopes Jr. (2017, p.634), discorre:

São conceitos que pretendem designar situações fáticas cuja proteção se faz necessária, constituindo, assim, o fundamento *periculum libertatis*, sem o qual nenhuma prisão preventiva poderá ser decretada. Tais situações, para a decretação da prisão, são alternativas e não cumulativas, de modo que basta uma delas para justificar-se a medida cautelar.

Em relação a prisão preventiva para garantia da ordem pública, CAPEZ (2014, p.336-337) explica que é uma prisão de natureza cautelar que possui finalidade de impedir que o agente, estando em liberdade, cometa atos que de certa forma prejudique o término do processo. A decretação deve ser eficiente segundo o autor, pois a demora pode trazer riscos a sociedade.

A garantia da ordem econômica como fundamento da cautelar nada mais é do que proteger os riscos que um determinado indivíduo venha acarretar com a sua conduta em relação a harmonia da economia. Percebe-se que “trata-se de uma repetição do requisito garantia da ordem pública” (CAPEZ 2014, p.337), na mesma temática “quando invocada, em geral o é para justificar o abalo social da garantia da ordem pública... e não para tutelar a ordem econômica” (LOPES JR. 2017, p 636). Simplificando a garantia da ordem econômica está inserida dentro do conceito amplo da garantia da ordem pública, mostrando assim que não necessita de disposição específica nesse sentido.

A conveniência da instrução criminal é um fundamento que visa impedir que o agente perturbe, impeça produção de provas, tente coibir testemunhas, apagar vestígios, destruir documentos etc. Tal medida se faz necessária para assegurar que no decorrer do processo se chegue a verdade real, nesse caso então se faz necessária a prisão preventiva para resguardar o devido processo legal.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2017, p.636):

[...] é empregada quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado.

No mesmo sentido se pode dizer que “embora a lei utilize o termo conveniência, na verdade, dada a natureza excepcional com que se reveste a prisão preventiva... deve-se interpretá-la como necessidade, e não mera conveniência.” (CAPEZ 2014, p.337). Fica certo que o legislador tinha a intenção de demonstrar que a liberdade do agente, em determinadas situações, coloca em risco todo o processo, fazendo assim necessária à sua prisão, porém de forma equivocada o termo usado possui um sentido muito amplo, não se enquadrando com a excepcionalidade da cautelar.

Assegurar a aplicação da lei penal é um fundamento para decretação da prisão preventiva com a finalidade de impedir que o agente fuja e deixe de cumprir sua eventual pena, “a mera ausência do réu ao interrogatório, por si só, mesmo que não justificada, não autoriza a decretação da preventiva” (TAVORA 2014, p.735; ALENCAR 2014, p.735).

De acordo LOPES JR. (2017, p.636) o risco de fuga não poder apenas presumido, ele precisa estar fundamentado, com informações concretas, a mera suposição de uma fuga não poder motivo da cautelar ser decretada pelo juiz. Não importa a gravidade do ocorrido e sobre quais acusações esteja sendo acusado, o agente precisa demonstrar intenções de fugir.

Sobre a possibilidade descumprimento das obrigações impostas por outras medidas cautelares Aury Lopez Jr. (2017, p.638) discorre:

Mas, por outro lado, mesmo em caso de descumprimento de alguma das condições decorrentes da medida cautelar diversa, é fundamental o juiz atentar para a proporcionalidade no momento da modificação/modificação, pois, dependendo do caso, a situação pode ser igualmente tutelada sem igualdade tutelada sem que se recorra a prisão preventiva. Daí por que deve sempre preferir a cumulação de medidas ou adoção de outra mais grave, reservado a prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema.

A prisão preventiva prevista no § 1º do artigo 312 é prevista em casos de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Entende-se que uma vez descumprida, tal medida deve ser tomada, sendo assim poderá ser substituída, cumulada.

1.3.1 Da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública

O termo “ordem pública” possui uma difícil conceituação, trazendo assim divergência e opiniões diversas sobre o seu conceito e sobre a amplitude que esse termo pode adquirir. Pensando nisso, não é muito fácil adequar um conceito tão amplo dentro de uma medida cautelar, visto que a excepcionalidade é a palavra que melhor se enquadra à prisão preventiva. A decretação de uma prisão preventiva deve ser em último caso, sendo uma exceção, prevalecendo assim outras medidas.

Para LOPES JR. (2017, p.635) o conceito de garantir a ordem pública possui um conceito vago, indeterminado, que ninguém sabe ao certo dizer, e que remete a tranquilidade. Já para CAPEZ (2014, p. 337), garantir a ordem pública significa, nesse caso, impedir que o agente cometa novos crimes durante o processo.

Nessa mesma linha de raciocínio Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014, p.733) trazem um conceito de ordem pública:

[...] não se tem um conceito exato do significado da expressão ordem pública, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudencial quanto ao seu real significado... a ordem pública é expressão de tranquilidade e paz social. Em havendo risco

demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

De acordo com LOPES JR. (2017, p.635) a prisão cautelar serve para proteger a integridade física do agente, para garantir que não ocorra uma revolta da população e ocorra um linchamento, mas, o autor faz críticas sobre esse assunto, pois de certa forma se torna fora de contexto a necessidade de prender um indivíduo para garantir sua integridade. Sendo assim o clamor social por uma justiça eficiente estaria interferindo nas decisões tomadas, para assegurar a justiça uma certa credibilidade diante da insatisfação. Para CAPEZ (2014, p.337) o clamor popular não deve por si só ser o bastante para a prisão cautelar.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública deve obedecer aos pressupostos e requisitos para a sua decretação, que são a prova da existência do crime e indícios de sua autoria, e poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, poderá ser decretada prisão preventiva pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Como pode-se ver com a redação do artigo 311 do CPP (DECRETO-LEI Nº 3.689/1941 Redação dada pela Lei nº 13.964/2019) que disciplina, *in verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

De acordo como artigo 313 do CPP (Redação dada pela Lei nº 12.403/ 2011) será admitida a decretação da prisão nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto e se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência

Com a interpretação do inciso I, percebe-se que não se pode admitir a decretação da prisão preventiva em crimes culposos e nem aos vários delitos cujas penas sejam iguais há quatro anos. Além do princípio da proporcionalidade o artigo 313 em seu inciso I, o crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

1.3.2 Motivação judicial para decretar a prisão preventiva de acordo com as alterações pela lei nº 13.964/ 2019

A prisão preventiva, com o advento da Lei nº 13.964/2019, teve algumas mudanças, como a nova redação dos artigos 282, §2º, e 311 do CPP. O que se percebe é que o juiz não pode mais decretar a prisão preventiva de ofício, como era disposto antigamente, sendo assim a decretação da prisão preventiva será realizada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Nesse sentido Paulo Queiroz (2020, online) discorre sobre nova redação dos artigos. 282, §2º, e 311 do CPP:

Em suma: o juiz só não pode agravar a medida cautelar imposta ao réu ou ao investigado de ofício, mas pode atenuá-la mesmo de ofício. É que o princípio da legalidade penal constitui essencialmente uma garantia individual destinada a evitar abusos estatais no exercício do poder punitivo. Assim, embora o juiz não possa decretar, por exemplo, uma prisão preventiva de ofício, pode perfeitamente revogá-la sem requerimento algum (CPP, art. 316).

Mais: como regra, o juiz ou tribunal só poderá decretar medidas cautelares com observância do contraditório prévio, com prazo de 5 dias para manifestação da parte contrária. Nos casos de urgência ou de risco de ineficácia da medida, deferirá o pedido de decretação da medida cautelar, realizando o contraditório a seguir (contraditório diferido).

De acordo com Queiroz em relação a nova redação, toda decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada, e a nova redação do art. 282, §6º, explicita a necessidade de justificar o porquê da não substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa. Afinal, a excepcionalidade é um requisito essencial de toda e qualquer medida cautelar, que deve ser aplicada proporcionalmente (QUEIROZ, 2020). Como se pode perceber com a nova redação do art. 282 (Redação dada pela Lei nº 13.964/2019) disciplina, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante,

poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

De acordo com a nova redação, percebe-se que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia” (QUEIROZ 2020). De acordo com nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019 toda decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 CONCEITO E FINALIDADE

Não se pode falar em presunção de inocência, sem antes falar de pena, pois é necessário discorrer sobre o significado de pena e qual a sua função. De acordo com o entendimento em relação às sanções impostas pelo Estado, as penas são punições aplicadas pelo Estado, em decorrência da execução de uma sentença, imposta ao culpado pela prática de infração penal. A função social de uma sanção é reabilitar o condenado, promover caráter educativo, além prevenir novas ações delituosas por parte da sociedade e do próprio agente.

O princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade é um princípio previsto no texto da Constituição Federal de 1988, aplicado no processo penal, impondo que a qualquer pessoa que esteja sob suspeitas de ter cometido uma conduta criminal, a mesma será considerada culpada apenas quando ocorrer trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tal princípio possui grande importância para que que ocorra o devido processo legal, sendo assim, as acusações e suposições terão a oportunidade de serem analisadas e defendidas, e as provas serão instrumentos para se chegar à verdade dos fatos. Ou seja, as provas não serão consideradas verdades absolutas, demonstrando que todos possuem as devidas chances de esclarecer as acusações, as quais estão supostamente ligando o agente ao processo criminal.

Sendo assim dispõe sobre o Princípio da Presunção de Inocência o artigo 5º, inciso LVII (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Com o mesmo contexto, CAPEZ (2014, p.79) também estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, demonstrando assim, que o princípio em questão teria a intenção de resguardar o direito do acusado de se defender, se explicar perante o judiciário ou juntar as provas necessárias que o inocentassem das supostas acusações, garantindo assim uma maior imparcialidade e solenidade ao processo penal.

No que diz respeito ao Princípio da Presunção de Inocência no ordenamento jurídico brasileiro, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014, p. 60-61) dispõem que:

Presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção. Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela constituição de 1988. Antes, já se invoca sua aplicação, por decorrer do sistema, de forma implícita.

Em relação a conceituação do princípio em questão, Eugênio Pacelli Oliveira (2016 p. 48) discorre que:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da presunção, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõem ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do interpersecutória, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

O Princípio da Presunção de Inocência está disposto também em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Tal princípio, de ordem processual constitucional aplicado ao processo penal, tem relação direta com a dignidade da pessoa humana, princípio que também está amparado pelo texto constitucional de 1988. Percebe-se o referido princípio no artigo 11º da (Declaração Universal Dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948, Brasília 1998, Representação da UNESCO no Brasil), que disciplina, *in verbis*:

Artigo 11º1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.
2. Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.

Percebe-se que, em relação aos direitos mínimos para a dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que o Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade se destaca, pois se o Estado respeita os direitos humanos, (o que é necessário para o devido processo legal, especificamente o processo penal), colabora para que este seja democrático. Desta maneira, haverá um processo penal mais igualitário, no qual se respeitam as garantias processuais elencadas na Carta Magna de 1988, dentre elas, a presunção de inocência.

A presunção de inocência pode ser denominada também como presunção de não culpabilidade e compreende a duas regras básicas em favor do réu: a) de tratamento; e b) de julgamento. De acordo com LOPES JÚNIOR (2017, p. 355) o dever de tratamento impõe ao

acusador e ao juiz um posicionamento compatível com a presunção de inocência que acompanha o réu durante toda a instrução processual, da mesma forma, como regra de julgamento orienta que na dúvida a absolvição seja a única decisão possível.

Nesse mesmo sentido Aury Lopes Junior *apud* Rui Cunha Martins (2017, p.355) discorre sobre a regra de julgamento na inocência na presunção de inocência:

[...] Como regra de julgamento, a presunção de inocência impõe que a absolvição seja o critério pragmático de resolução da dúvida judicial, através do *in dubio pro reo*. Ademais, como ensina Rui Cunha Martins, a presunção de inocência deve conduzir a uma pré-ocupação dos espaços mentais decisórios do juiz, gerando uma respectiva preocupação, por parte do juiz, em assim tratar o acusado até que a acusação derrube a presunção, comprovando a autoria e materialidade do crime. Sempre recordando que no processo penal não existe distribuição de cargas probatórias, senão atribuição, exclusiva, ao acusador. Não há que se fazer analogias com o processo civil, uma vez mais advertido.

Em relação ao princípio mencionado, pelo seu entendimento de que ninguém será considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pode até parecer inviável e incoerente aos mais desesperados, pela rapidez em se obter justiça, muitos não concordam que até se esgotar as interposições possíveis de qualquer recurso para se provar os fatos, prevalece em favor do réu a sua presumida inocência. Tal afirmação pode parecer uma falha ou até uma brecha para que os “culpados” possam permanecer em liberdade, o que na verdade, não ocorre de tal maneira, uma vez que os princípios e legislações se aplicam a todos, não apenas aos culpados.

2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

Após abordar o conceito e a finalidade do Princípio da Presunção de Inocência, o próximo passo é discorrer sobre a evolução histórica e entender como tal princípio chegou ao que se utiliza na contemporaneidade. Somente após o explanado, a análise histórica poderá ser iniciada, começando assim pelo período da história do Brasil em que a presunção de inocência foi realmente acolhida pelo ordenamento jurídico.

A primeira vez em que a presunção de Inocência se viu consagrada no Brasil foi através da Constituição Federal de 1988 no art.5º, inciso LVII. Infelizmente tal princípio sempre foi desrespeitado. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, que discorre severas críticas sobre referido princípio, principalmente em relação à afirmação de que sua aderência, pelo Brasil se deu em decorrência do art.11 da Declaração Universal dos direitos do Homem, até a

promulgação da atual Carta Magna de 1988. Sobre o assunto Fernando da Costa Tourinho Filho (2010 p.96) entende que:

O princípio da inocência, em toda a sua grandeza, nunca foi respeitado entre nós. Observe-se que a Declaração Universal data de 1948.... Pois bem: a nossa prisão preventiva compulsória — verdadeira aberração jurídica — vigorou até 1967. Mais: quando o réu preso era absolvido — e isso até 1973 —, se a pena cominada ao crime fosse de reclusão igual ou superior a 8 anos, no seu grau máximo, ele continuava preso até o trânsito em julgado. No julgamento pelo Tribunal do Júri — e isso até 1977 —, se o réu fosse absolvido e a absolvição não se desse por unanimidade, ele continuaria preso até o trânsito em julgado. Quando o cidadão era preso em flagrante por crime inafiançável — e isso até 1973 —, ele continuava preso. A regra do parágrafo único do art. 310 do CPP surgiu naquele ano..., Até 1977, quando o réu era condenado, por uma infração afiançável, só podia apelar em liberdade se prestasse caução, salvo se condenado por crime de que se livrasse solto (art. 321 do CPP).

Segundo TOURINHO FILHO (2010 p.96), a alegação de que o Princípio da Presunção de Inocência data de 1948 não pode ser considerada, pois de acordo com o autor ele foi respeitado mesmo depois da CF/88, e antes disso jamais foi respeitado, além do mais, todas as medidas de coerção pessoal, como a revogação da prisão preventiva compulsória, revogação do parágrafo único do artigo 596 do CPP, nova redação aos artigos. 594 e 596, ambos do Código de Processo Penal, surgiram num período intitulado de restrições das liberdades.

Percebe-se que o Princípio da Presunção de Inocência não era obedecido e sempre teve pensamentos opostos à sua adesão. Para TOURINHO FILHO (2010 p.96), em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, conclui-se “ que a adesão do nosso Representante junto à ONU, àquela Declaração, foi tão somente poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática... E estávamos em pleno regime democrático”, confirmando ainda mais que o princípio não era respeitado antes do artigo 5º, inciso LVII da CF/88, nesse sentido o autor aponta uma prova sobre a não adesão do princípio, e conclui:

E a prova mais eloquente do que afirmamos repousa nesta circunstância: não tivemos, após aquela Declaração, nenhuma reforma processual penal que pretendesse amoldar o nosso diploma processual penal àquele princípio. Tudo continuou como d*antes.... As alterações vieram vinte anos depois e, em face do tempo, não se pode atribuí-las ao compromisso que a nossa pátria assumiu na ONU, assinando aquela Declaração.

O Brasil aderiu à Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecido como Pacto São José da Costa Rica, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, que aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, na redação do seu art.8º, II “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove

legalmente sua culpa”. Isso demonstra que a adoção do Brasil à presunção de inocência do acusado foi tardia, mas felizmente aconteceu.

O princípio abordado está expresso na Constituição brasileira de 1988 e também se encontra na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, convenção na qual o Brasil é signatário. A punição é necessária para assegurar a ordem pública e a democracia, no entanto existem requisitos que devem ser seguidos, que estão estabelecidos no Código de Processo Penal. Tal princípio é de extrema importância no Direito Processual Penal, o qual preceitua que só deverá ser realmente considerado após o trânsito em julgado, ou seja, será culpado apenas o acusado que teve provada sua culpa em sentença irrecorrível.

2.3 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com a evolução do Princípio da Presunção de Inocência, pós adesão da Carta Magna de 1988, é possível observar a influência causada pela mídia nas decisões judiciais e também a violação da presunção de inocência. Percebe-se que existem consequências da conduta abusiva da mídia em relação as decisões do judiciário, sendo possível que os meios de comunicação tenham culpa em partes das decisões tomadas, seja direta ou indiretamente.

A figura da mídia na sociedade atual tem um papel muito importante e relevante, ocupando uma posição de grande destaque na mesma, essa influência que é exercida pela figura da mídia, em razão de sua posição, acaba por influenciar, seja direta ou indiretamente, a sociedade como um todo, não é positivo que as decisões tomadas pela justiça, sejam de certa forma influenciadas por situações alheias ao processo.

Antes da Constituição Federal de 1988, era muito comum um indivíduo, ou, a mídia ser repreendido ou coagido em razão de manifestar opiniões contrárias a respeito de determinado assunto. Com os tempos atuais e a redação do texto constitucional de 1988, a liberdade de expressão é respeitada e bem vista no país, reforçando assim o regime democrático, defendendo o direito dos indivíduos de expressarem as suas opiniões, sem censura ou repreensão.

Sendo assim, dispõe sobre a liberdade de expressão o artigo 5º, inciso IX (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) que disciplina, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Não se pode esquecer de citar o direito que todos possuem de ter acesso a informações. Tal direito está integrado aos Direitos Fundamentais, previstos pela Constituição Federal de 1988, com a intenção de garantir a todos os indivíduos o acesso a informação. Dessa forma, dispõe sobre o direito de todos a ter acesso a informação, o artigo 5º, inciso XIV (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) que disciplina, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XIV - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Conclui-se que é muito difícil discorrer sobre os limites da liberdade de expressão, pelo fato de envolver uma grande responsabilidade, e seus efeitos podem ser diretamente ou indiretamente influentes e causar um clamor social, com interesses muitas vezes deturpados por ideais e pontos de vista corrompidos. Acerca dos limites da liberdade de expressão Carlos Alberto Molinaro e Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 133-134) discorrem que:

[...] qualquer manifestação do pensamento ou da ação carrega consigo um “psiquismo” fundado no egoísmo que compreende o mundo do ponto de vista exclusivo de seu próprio interesse. Nesse sentido, há uma inderrogável perspectiva cultural que deve estar sempre presente quando se intenta refletir sobre a liberdade de expressão e seus limites. Daí ser válido afirmar que toda manifestação livre do pensamento ou a ação que a exteriorize vai revelar-se como um produto cultural amalgamado por preceitos de uma “moralidade pública”, acolhidos por determinados círculos sociais nos quais ela ocorre. Tal situação induz, eventualmente, conflitos entre os diversos círculos socioculturais encontrados nas sociedades. Nesta linha de argumentação como, então, defender que não há assunto cuja discussão deva ser interdita? A resposta somente encontra eco na aceitação responsável das consequências “das minhas palavras e dos meus atos”. São os denominados efeitos indiretos das nossas ações diretas. Efeitos esses que estão imediatamente vinculados ao debate não interdita, pois eles definirão a falsidade ou veracidade das proposições, com as consequências sociais, econômicas e legais que se produzirem. O mais importante aí é a garantia de liberdade para a produção do debate, bem como a afirmação da atribuição de responsabilidade aos atores sociais envolvidos.

De acordo com o posicionamento do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal AYRES BRITTO 2013(online), a imprensa deve criar mecanismos de controle dos excessos cometidos por ela, como ombudsman e cartilhas internas. Tal pensamento foi discorrido quando o mesmo participou da 8ª Conferência Legislativa sobre Liberdade de Expressão, promovida pela Câmara dos Deputados e pelo Instituto Palavra Aberta. De acordo com o ex-ministro, existe uma correlação entre a liberdade de imprensa e a liberdade do Poder Judiciário, “não se pode impedir o Poder Judiciário de dar a última palavra, assim como não se pode impedir a

imprensa de dar a primeira palavra” (AYRES BRITTO 2013, online). Assim, percebe-se que a correlação deve ser e harmoniosa, além de prevalecer o respeito pelas instituições.

Atualmente, a mídia possui um a grande influência no Brasil como um todo, o judiciário é influenciado, muitas vezes e as notícias formuladas ou a forma que são formuladas geram ideias negativas de decisões e indivíduos, gerando um pré-julgamento do acusado, antes do trânsito em julgado. Não restam dúvidas que o Judiciário não pode impedir o trabalho mídia, e deve permanecer uma relação harmoniosa para que os direitos sejam respeitados.

No tocante à publicidade dos atos processuais, que estão totalmente relacionados a função da mídia de levar informação, não existem proibições para divulgação de informações da Justiça através dos meios de comunicação, no entanto existem casos específicos nos quais a lei proíbe. Nos últimos anos a mídia não tem, em muitos casos, prestado a devida atenção ao teor das informações relacionadas a inquéritos policiais. Nessa narrativa Glenda Rose Gonçalves Chaves e Nicole Bianchi Barbosa 2012 (online) discorrem que:

Porém, atualmente, quando ocorrem casos de repercussão social, o que se verifica é a atuação da mídia que, muitas vezes, acaba por desrespeitar o princípio da presunção de inocência, ao realizar juízos de valor prévios, bem como ao explorar de maneira negativa a imagem do indiciado. Isto é demonstrado à medida que, para cumprir a função social de informar a sociedade e em respeito ao interesse público, a divulgação de fatos acaba por provocar a formação de um pré-julgamento social, o que, de certa forma, contribui para a concretização de um juízo de culpabilidade antecipado. Além disso, os direitos de personalidade, apesar de precisarem ser respeitados frente à imprensa, são, muitas vezes, desconsiderados quando o caso em questão envolve também a curiosidade do público. Dessa forma, quando a imagem de um suspeito é veiculada em variados meios de comunicação, a imprensa atua com o objetivo de obter qualquer declaração deste indivíduo. Esta ação causa a ideia de que os jornalistas estão atuando de forma correta, em busca de informações sobre o delito cometido para que a sociedade esteja informada, não se considerando nestes casos que o direito à imagem e a presunção de inocência podem estar sendo violados.

Com a era da tecnologia e a facilidade da população em receber as notícias, muito se discute com o teor que algumas podem ter. Primeiramente, a principal preocupação deve ser a qualidade da informação transmitida, que pode ser intencionalmente e facilmente manipulada. Com isso, o conteúdo pode se tornar apenas meio para se conseguir visibilidade. Tal informação errônea causa um certo temor, pois uma população sem as informações corretas ou com informações manipuladas, poderá interferir de forma negativa, como na credibilidade do judiciário.

Muitas vezes a influência da mídia pode causar um grave desrespeito ao Princípio da Presunção de Inocência, principalmente nos casos em que o suposto acusado possui algum *status* social e, nesses casos, enquanto aguarda pela solução judicial do seu caso, o mesmo encontra-se exposto na mídia. Com isso, a mídia induz um pré-julgamento por parte da

população que, influenciada, apresenta uma solução, prejudicando de certa forma os trâmites da investigação ou da instrução processual penal, muitas vezes ferindo direitos assegurados ao acusado. Nesse mesmo sentido, Carla Gomes de Mello (2010, p. 116-117) discorre sobre o desrespeito da mídia:

Holofotes cinematográficos são dirigidos ao suspeito do crime com o intuito de revelar sua identidade e personalidade. Em poucos segundos, sabe-se de tudo, detalhadamente, a respeito da vida privada desse cidadão e de seus familiares. Tudo é vasculhado pela mídia. Bastam alguns momentos para que eles se vejam em todas as manchetes de telejornais, revistas e jornais. A mídia, assim, vai produzindo celebridades para poder realimentar-se delas a cada instante, ignorando a sua intimidade e privacidade.

Assim, conclui-se que não se pode deixar que a mídia influencie nos atos dos agentes públicos, pois a imparcialidade não pode ser comprometida, para que os direitos e garantias do acusado sejam respeitados.

2.4 A PRISÃO PREVENTIVA COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A prisão preventiva e o Princípio da Presunção de Inocência são temas que possuem um grande peso, pelo fato das controvérsias que apresentam e pela real aplicação que possuem no processo penal, além das diversas posições doutrinárias acerca do assunto. O questionamento fica ainda mais complicado com a introdução do termo ordem pública, que por si apenas causa um grande questionamento em relação ao seu significado.

O termo “ordem pública” não pode ser confundido com a vontade ou a opinião pública em relação a determinado caso. Tal interpretação deve ser restrita apenas ao seu sentido, mais comum entre os doutrinadores, que é manter a paz social quando um indivíduo em liberdade estiver perturbando a sociedade, continuando a praticar atos ilícitos, nesse caso o agente não poderá permanecer em liberdade.

A prisão preventiva é uma prisão que não pode ser usada como regra, ela deve ser decretada apenas em casos específicos, quando for a última opção, e nos casos previstos em lei. A prisão preventiva como garantia da ordem pública é um dos casos previstos em lei, mesmo com o conceito de ordem pública sendo bastante controverso, a sua decretação ocorre de maneira legal, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A medida preventiva em questão, possui um grande papel dentro da sociedade em geral, não esquecendo que ela possui caráter excepcional, apenas em determinados casos

previstos em lei que, dependendo da fundamentação do juiz, poderá ser decretada. O fundamento da referida espécie de prisão, citado anteriormente, vem a ser a manutenção da paz social quando um indivíduo está colocando em risco a sociedade, por meio de seus atos. Tal medida não pode sofrer interferência de aparatos midiáticos com a intensão de influenciar o pensamento público, atingindo assim uma maior visibilidade.

Nesse mesmo sentido Aury Lopes Junior (2017, p.647) discorre que:

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).

De acordo com o explanado pelo autor, pode-se perceber que o mesmo faz bastante críticas em relação à mídia, ao uso do termo “ordem pública” e como isso pode atrapalhar a real importância da decretação da prisão preventiva, que é manter a paz mediante o recolhimento do agente ao cárcere.

Não se pode esquecer que no ordenamento jurídico brasileiro existe um princípio previsto na Constituição Federal que protege a liberdade do acusado, ou seja, o agente será preso apenas após o final de todo o processo, assim que ocorrer trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Porém, a prisão cautelar não obedece a essa regra, sendo uma exceção, utilizada previamente, levantando diversas dúvidas sobre a constitucionalidade de uma prisão que fere um princípio constitucional.

De acordo com LOPES JR. (2017, p.645) as medidas cautelares possuem a função de garantir o pleno funcionamento da justiça através do respectivo processo de conhecimento, e não de obter a intenção de “fazer justiça”. Caso contrário, a prisão cautelar fugiria de seus objetivos e finalidades, perdendo o título de cautelar, passando a ser considerada inconstitucional.

Não pode acontecer que de certa forma a prisão preventiva perca seus objetivos e finalidades, e assim “ assumindo contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal e a presunção de inocência. ” (LOPES JR., 2017, p.645). Nesse mesmo sentido Aury Lopes Junior *apud* Odone Sanguiné (2017, p.647) explica que:

[...] a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de “prevenção geral, na medida que o legislador pretende contribuir a segurança da sociedade, porem deste modo se está

desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira esta chamada a cumprir.

Conclui-se que a prisão preventiva não pode ser usada de forma descuidada, pois a mesma não possui o caráter de pena, apenas uma solução para os problemas previstos no artigo 312 do CPP. Embora o princípio da presunção da inocência vise proibir a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e com muitos debates controversos sobre o fundamento de manter a ordem pública e sua constitucionalidade, o devido processo legal deve ser respeitado, para que assim não ocorram excessos.

Sobre a hipótese da decretação injusta do acusado a uma prisão preventiva, Fernando da Costa Tourinho Filho (2010 p.91,92) leciona sobre a ilegalidade da prisão sem o justo fundamento:

Não havendo perigo de fuga do indiciado ou imputado e, por outro lado, se ele não estiver criando obstáculo à averiguação da verdade buscada pelo Juiz, a prisão provisória torna-se medida inconstitucional, se pretende dar' combate ao crime implacavelmente, superlotando as cadeias e decuplicando seu número, é muito simples: basta riscar da Constituição o princípio da presunção de inocência e mandar às favas o princípio proibitivo das provas obtidas ilicitamente.

Dependendo da situação, realmente é necessário que o Estado tome iniciativa para manter a ordem pública, além do mais, a partir do momento em que o direito de várias pessoas está sendo ameaçado pelo comportamento de algum indivíduo, a prisão preventiva entra como uma solução de caráter excepcional, para combater os malefícios que o agente está cometendo em liberdade.

Se faz necessário a observância do juiz, para uma boa fundamentação, elaborada de forma correta, com requisitos legais para a decretação da prisão, pois uma prisão aleatória, sem justificativa, apenas para suprir a necessidade de justiça da população, ou por erros de interpretação, fere os princípios fundamentais expressos na CF/88 e destorcem sua real função, maculando assim a imagem e integridade do judiciário.

3 PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Somente o tema da prisão preventiva por si, é um tema com bastantes discussões, principalmente quando está relacionada com o fundamento de manter a ordem pública em uma sociedade que está sujeita a notícias sensacionalistas, que possuem o intuito de chamar atenção, não respeitando muitas vezes os devidos tramites processuais, afirmando a culpa do agente, criando assim um prejulgamento, de forma errônea, pois ainda não se obteve uma sentença, culpando e punindo o suposto infrator.

O princípio constitucional aplicado ao processo penal, denominado de princípio da presunção da inocência, é bem claro ao afirmar que o réu somente será considerado culpado quando se esgotarem todos os recursos, ou seja, apenas quando se obtiver uma sentença de um processo que transitou em julgado. Levando em consideração o referido princípio, são levantados vários questionamentos sobre a eficácia da prisão preventiva, pois os argumentos não seriam válidos para a manutenção de uma prisão que de certa forma vai contra um direito constitucional, que coloca a liberdade como a regra, além do princípio que somente será considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não se pode negar que a prisão preventiva é uma medida que foge à regra, pois a regra é que a pessoa deverá permanecer em liberdade, e somente após a sua condenação o agente deverá ter seu direito à liberdade suprimido, e assim cumprirá a sua pena. Em casos extraordinários e de forma específica, a prisão preventiva se faz necessária, sendo aplicada como *ultima ratio*.

O próprio termo “ordem pública” possui um significado bastante difícil e não pode ser confundido com outros termos, pois tem sentido de harmonia social e garantia da paz e não deve ser equiparado com a necessidade ou o desejo de alguns em se obter justiça pelos meios não convencionais, ou seja, por meios que não sejam judiciais e previstos em lei, meios que não respeitam o devido processo legal, apenas com intuito de satisfazer o clamor social.

Percebe-se que a legislação processual penal não apresenta um conceito definitivo para a expressão “ordem pública”, dessa forma convém à doutrina especificar qual o possível significado da expressão. Muitos aspectos podem ser positivos e negativos ao mesmo tempo, tornando assim um dos temas mais polêmicos em relação à prisão preventiva, tornando ainda mais difícil à aplicação da prisão preventiva e a sua fundamentação.

Sobre a falta do detalhamento do uso da prisão preventiva com fundamento da ordem pública, Guilherme de Souza Nucci (2011. p. 63) discorre que:

O legislador poderia ter ousado, definindo ou detalhando o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos os mais abrangentes, como garantia da ordem pública e da ordem econômica. Não o fez, possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto. Qualquer interferência, nesse setor, poderia dar margem ao cerceamento no uso da prisão cautelar.

Em relação à falta de um significado preciso do termo ordem pública, José Afonso da Silva (2007. p. 777-778) afirma que:

Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desprezar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia. Ordem Pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crime.

Doutrinariamente existem diversas discussões em relação à garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva, no entanto, nem sempre pacíficas e geralmente cercadas de controvérsias em relação à periculosidade do acusado, ao crime cometido e a simples repercussão do crime. A garantia da ordem pública pode ser destacada como uma forma de prevenção de novos crimes, tendo como referência, elementos como antecedentes do acusado até mesmo a reincidência e a conduta do mesmo em sociedade.

Com isso, Aury Lopez Junior (2006, p. 213) faz observações sobre as medidas cautelares e sobre a importância da mesma no decorrer de um processo, caso necessário:

As medidas cautelares não se destinam a fazer justiça, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo [...] só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim [...]. E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.

Com isso, percebe-se a fragilidade de uma prisão preventiva, pois mesmo privando o agente de sua plena liberdade, não possui finalidade de pena, e não poderá ser decretada como antecipação de seu cumprimento. A omissão da legislação dificulta ainda mais o trabalho do judiciário, colocando assim o juiz como o responsável em interpretar e fundamentar de acordo com a jurisprudência dominante, a necessidade ou não de uma medida que não está totalmente clara.

3.1 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Por ser um assunto que exige uma extrema cautela e é por vezes confuso, tanto por divergências e alterações na legislação, se faz necessária a análise de posicionamentos doutrinários pois, de certa forma, se for levado ao pé da letra, o princípio da presunção de inocência deveria anular a prisão preventiva, sendo ilegal a decretação de tal prisão, pois trata-se de uma prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Porém, a doutrina revela dois lados, um que se posiciona a favor da decretação da prisão preventiva, e outro lado, que de certa forma condena e demonstra a insatisfação com a prisão preventiva no cenário jurídico.

Em relação à preventiva à legalidade frente ao princípio da presunção da inocência, Alexandre de Moraes (2003. P102) afirma que:

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu status *libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado.

É de absoluta importância que direito à liberdade, constitucionalmente previsto, seja a regra, que terá como exceção a privação de liberdade nos casos previstos em lei. Acerca da prisão preventiva em relação ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade no que tange à sua legalidade, Nelson Nery Junior (2010, p. 306, 307) dispõe que:

A liberdade é a regra; a prisão, exceção. Em favor do cidadão há a presunção *iuris tantum* de não culpabilidade (CF 5º LVII). Por isso é que a prisão cautelar, provisória (L 7960/89) ou preventiva (CPP 311 a 316) somente pode ser autorizada em situações excepcionais, mediante decisão judicial de fundamentação estrita e objetiva, com individualização (CF 93 IX). [...] a prisão cautelar (provisória ou preventiva) é exceção que confirma a regra da presunção de não culpabilidade. O decreto da prisão cautelar por conveniência do sistema processual penal, depois de executado, ainda que obedecido todos os requisitos constitucionais e legais para sua emissão, acarreta a privação de liberdade do arguido.

Percebe-se que, de acordo com JUNIOR (2010, p. 306, 307), a prisão não deve ser leviana, precisa ser rigorosamente fundamentada apenas em situações específicas e de último recurso como forma de solucionar os problemas trazidos pelo CPP. O autor também afirma que

a prisão preventiva é uma exceção ao princípio da presunção de inocência, medida que terá como consequência, a privação de liberdade.

Nesse mesmo sentido, “ a preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizar com o princípio da presunção de inocência [...] afina, o estigma do encerramento cautelar é por demais deletério a figura do infrator” (TÁVORA; ALENCAR 2014, p.732), demonstrando assim, a necessidade de uma boa argumentação. Assim, a prisão supostamente não acarretará problemas de legalidade, pois estará dentro das exceções ao princípio, o que deve exigir um cuidado redobrado do magistrado.

Caso ocorra algum fundamento ou pressuposto de forma errada, demonstrando inexistência do crime ou indícios insuficientes para ligar a autoria do delito ao agente, a prisão deve ser descartada. Em relação à prisão preventiva, Roberto Delmanto Junior *apud* Antônio Manuel de Almeida Costa (1998, p. 145) discorre sobre a possível ilegalidade da prisão:

Em suma, diante do primado da presunção de inocência, que abrange em matéria probatória o *in dubio pro reu* e, em matéria de prisão cautelar, o *in dubio pro liberate*, se houver qualquer dúvida quanto à existência do crime ou se inexistir indícios suficientes acerca de sua autoria, não só a prisão a prisão preventiva, como também qualquer outra modalidade de prisão provisória serão ilegais.

A prisão preventiva não pode ser considerada uma antecipação do cumprimento de uma pena que não se sabe ainda da existência, mostrando assim que será admitida apenas em casos específicos, Fernando Capez (2014, p. 336) relata sobre a admissibilidade e a excepcionalidade da cautelar no sistema jurídico brasileiro:

A prisão preventiva somente será admissível dentro do nosso panorama constitucional, quando demonstrada a presença dos requisitos da tutela cautelar. A medida é excepcional e, mesmo justificado o *periculum in mora*, não será imposta, contanto que possível outra medida menos invasiva ao direito à liberdade, dentre as elencadas no rol do art. 319 do CPP.

A função de uma medida cautelar é assegurar a eficácia de um direito, mas também pode ter a função de prevenir, conservar ou defender. De um modo geral, a perda dessa função acarreta na perda da fundamentação da prisão preventiva, que de tal forma perderia a função de cautelar e assumiria, mesmo que inconstitucionalmente, a função de punir, não comportando assim a preventiva. De tal maneira, a excepcionalidade da preventiva é reforçada, por não ser de simples fundamentação, é necessária um devido cuidado.

Nesse mesmo sentido de legalidade e excepcionalidade, em relação a prisão preventiva Rogério Cury e Daniela Marinho Scabbia Cury (2011, p. 27) discorrem:

Pois bem. Como se trata de prisão cautelar/provisória, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que diz respeito à prisão preventiva, não haverá a violação do Princípio da Presunção de Inocência, desde que observados os limites estritos e necessários para o caso concreto. Isto porque a prisão preventiva, por óbvio, é medida excepcional, que só pode ser aplicada quando há o binômio legalidade e necessidade.

A repercussão do crime não deve ser levada em consideração para a decretação da preventiva, e tal medida exige uma rigorosa observância. Por sua vez, a prisão preventiva é adotada assumindo uma medida de defesa social, tendo como referência a periculosidade do imputado, a conduta do agente, as circunstâncias do fato, e ainda o clamor público ou mesmo do eventual perigo de fuga do imputado.

Percebe-se que as garantias poderiam estar sendo deixadas de lado e os princípios inerentes ao processo penal, como forma de garantia de um processo igualitário, estão de certa forma, gerando um pensamento de impunidade, fazendo com que ocorram ações arbitrárias por parte do Estado, onde o juiz está perdendo a sua função de garantidor direitos, tornando-se um agente de segurança pública.

Levando-se para um lado mais extremo da prisão preventiva, sob análise do princípio da submissão a jurisdição, FERRAJOLI (2002, p. 446) indica a ilegalidade da preventiva, vejamos:

Penso que a mesma admissão em princípio da prisão ante iudicium, qualquer que seja o fim que lhe queria associar, contradiz na raiz o princípio de submissão a jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e arbítrio.

De certa forma, a doutrina, em determinado tempo e sentido, classifica a presunção de inocência como uma base até certo ponto, como se não tivesse valor absoluto, apenas esperando uma situação que diga o contrário, mesmo antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, protegendo o suspeito até que aconteça a produção de provas suficientes que indiquem a certeza da culpabilidade, bem como a sua periculosidade em permanecer em liberdade.

A prisão preventiva, necessariamente e unicamente, deve ser cautelar, que tem como objetivo garantir o bom funcionamento da justiça. De acordo com LOPES JR. (2017, p. 645), a prisão cautelar, quando se afasta de sua finalidade e objeto, perde a eficácia, deixando de ser uma cautelar. Sendo assim, verifica-se que existe uma ilegalidade da prisão preventiva quando ela se afasta do objetivo de provisoriedade.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior *apud* Piero Calamandrei (2017, p. 645) traduz o texto do autor sobre a tutela cautelar e discorre:

Isso porque “ a tutela cautelar é, quando comparada com o direito material, uma tutela mediata: mais que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são instrumentos do direito material que através deles se atua, nos provimentos cautelares encontra-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para melhor resultado do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para a atuação do direito (material); são, portanto, em relação a finalidade última da atividade jurisdicional, instrumentos do instrumento”.

A prisão preventiva, por ser uma medida cautelar, não tem a função de punir o agente, e sim manter o pleno funcionamento da justiça, “ logo é instrumentalidade qualificada ou ao quadro” (LOPES JR. 2017, p. 645). Somente uma medida cautelar terá sua constitucionalidade firmada, logo uma prisão sem o objetivo cautelar não será legal.

Não se pode colocar a prisão preventiva como instrumento de se chegar à segurança pública, sendo assim LOPES JR. (2017, p. 646) conclui que a prisão preventiva para garantia de ordem pública não é uma medida cautelar, considerando substancialmente inconstitucional, sendo utilizada indevidamente como medida de segurança pública, uma medida processual em atividade tipicamente de polícia.

Segundo LOPES JR. *apud* ROSA (2017, p. 646), existe uma deficiência linguística no Código de Processo Penal, que inevitavelmente atrapalha na construção dos requisitos para a preventiva. Logo, os problemas aparecem e são irrefutáveis, pois esses argumentos, de certa forma são inverificáveis, pois se um indivíduo é preso preventivamente por ser apontado o risco de fuga, uma vez aplicada a medida, o suposto risco desaparecerá, sendo impossível refutar tal risco.

Seguindo nesse sentido da fragilidade dos argumentos para a decretação da preventiva, Aury Lopes Junior (2017, p.647) discorre sobre o clamor público explorado pela mídia:

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundido com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discursão (a conhecida teoria do agendamento).

A mídia, de forma irresponsável, tem contribuído para movimentos que colocam muita pressão sobre o judiciário, prejudicando muitas vezes as investigações, e gerando uma sensação

de impunidade. A construção de uma notícia a partir da intenção de gerar conteúdo puramente sensacionalista dificulta o trabalho do judiciário que também terá que se preocupar com o sentimento de desconfiança da população e o clamor público gerado pelo delito noticiado.

Logo, a prisão preventiva com fundamento na manutenção da ordem pública, aplicada pelo juiz, terá camuflada uma intenção de antecipar uma suposta pena de um processo que ainda não transitou em julgado, sendo inconstitucional, perdendo o real objetivo da cautelar, indo contra o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido Aury Lopes Junior *apud* Odone Sanguiné (2017, p.647) explica que prisão preventiva para garantir a ordem pública é:

[...] utilizada com uma função de “ prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir a segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe função de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir”.

Considerando que a prisão preventiva para garantia da ordem pública possui um erro na sua formulação legal que a faz ter objetivo de manter a segurança social, perdendo assim a sua natureza cautelar, é incompatível com a Constituição, sendo utilizada como uma pena ou antecipação de pena, mesmo que de uma forma mascarada, dando a entender que não possui função de cautelar, tornando ilegal a sua decretação.

Após abordar algumas correntes doutrinárias que divergem sobre a prisão preventiva, percebe-se críticas duras sobre a constitucionalidade de tal prisão, defendendo que a fundamentação de garantia de ordem pública retira da prisão o seu objetivo dentro do ordenamento jurídico, deixando de ser uma cautelar, e conseqüentemente, será contra a princípio da presunção de inocência. Em relação à dificuldade da fundamentação da preventiva frente à função das medidas cautelares, Antônio Scarance Fernandes (2002, p.302), discorre:

Não é fácil justificar doutrinariamente esta prisão [preventiva] ante a teoria da cautelaridade. Daí a resistência a ela por parte da doutrina, entendendo que a prisão cautelar para garantia da ordem pública configura uma verdadeira medida de segurança, com antecipação da pena. Procura-se justificar a prisão como forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, se com a sentença e a pena pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva.

A apresentação de correntes doutrinárias divergentes para a decretação da preventiva, demonstra ainda mais a fragilidade da cautelar, que em determinados casos, como foi discorrido, perde a natureza de cautelar e adquire o a função de manter a segurança social. Além de muitas vezes ser associada com a tentativa do judiciário de melhorar a sua credibilidade

perante a opinião pública, que deveria estar alheio a esses argumentos, que de certa forma atrapalham o funcionamento, e afastam a real função da Justiça.

3.2 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Diante a grande divergência doutrinária acerca da prisão preventiva, uma análise sobre os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal se faz necessária para entender as decisões dos órgãos julgadores e como eles se utilizam da legislação para fundamentar e julgar casos que versem sobre o assunto.

Quando um indivíduo em liberdade colocar em risco a aplicação da Lei, por exemplo, fugindo antes de receber uma condenação, pela eventual demora do judiciário, a preventiva será decretada com a finalidade de evitar futuro constrangimento em aplicar a lei penal. Tal prisão somente terá eficácia caso os requisitos estejam preenchidos e os fundamentos estejam em conformidade, caso contrário, a cautelar perderá a sua excepcionalidade, retirando assim o seu caráter de urgência. Para melhor elucidar o tema abordado, menciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça-STJ:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA 1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a urgência intrínseca às cautelares exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a segregação processual. 3. O Juiz sentenciante, mais de dois anos após os delitos, decretou a custódia provisória do réu, sem indicar fatos novos para evidenciar que ele, durante o longo período em que permaneceu solto, colocou em risco a ordem pública ou a instrução criminal. 4. A prevalecer a argumentação da decisão, todos os crimes de natureza grave ensejariam o aprisionamento cautelar de seus respectivos autores em qualquer tempo, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade. 5. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, cassar a decisão que decretou a prisão preventiva, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Extensão dos efeitos aos corréus presos pela mesma decisão. (BRASIL, DF, STJ, HC Nº 509878 SP 2019/0135393-7, Relator: Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, *internet* em 2020).

A liberdade é a regra, a prisão será apenas exceção, quando um determinado indivíduo oferecer riscos para a sociedade, mesmo antes de sua sentença condenatória, o uso da prisão preventiva se faz necessária para garantir a ordem pública. Em situações de gravidade dos atos e a conduta do agente, levando em conta a sua periculosidade em permanecer em liberdade, além da necessidade de que o acusado responda pela sua conduta delituosa. Para melhor elucidar o tema abordado, menciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça-STJ:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E PERICULOSIDADE SOCIAL DO PACIENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. TESE DE AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE NÃO ACATADA. ORDEM DENEGADA. 1. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal. 2. Na espécie, a segregação provisória encontra-se devidamente motivada, uma vez que destacou o Juízo de primeiro grau a gravidade concreta dos fatos, da qual se extrai a periculosidade social do paciente, já que se está diante de delitos sexuais praticados pelo paciente - na oportunidade companheiro da mãe da vítima - por longo período de tempo, sempre mediante ameaças amparadas em seu poder familiar. Portanto, a custódia preventiva está justificada na necessidade de garantia da ordem pública ante a gravidade concreta da conduta, a periculosidade social do paciente e sua renitência criminosa - evidenciada pela forma continuada dos crimes. 3. Ademais, não se está diante de caso em que se possa olhar isoladamente para o confronto entre a data dos fatos e a data em que decretada a custódia cautelar, pois, a despeito de as condutas terem se iniciado no ano de 2004, a prisão foi decretada após o Juízo de primeiro grau estar convencido da prática delitiva e da necessidade da medida extrema de prisão, sobretudo se considerada a clandestinidade e o atuar furtivo que, em regra, permeiam essa espécie de delito, ainda mais quando perpetrado no seio familiar e contra vítima menor de idade. Ora, não raras vezes se tem conhecimento de imputações da prática de crimes sexuais em detrimento de vítimas menores permeadas de situações sinuosas, de inverdades e de criações fantasiosas, motivo pelo qual tanto o pedido de prisão quanto o seu deferimento precisam ser criteriosos e amparados em dados concretos, produzidos a partir de elementos de prova que sinalizem a materialidade da infração e indícios contundentes de autoria, o que não se obtém, infelizmente, com a rapidez esperada. Assim, formado o convencimento mínimo, que, em casos como tais, só se alcança - até mesmo por questões de prudência - após certo decurso de tempo, é de se decretar a constrição do réu, se presentes os requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Habeas Corpus denegado. (BRASIL, DF, STJ, HC Nº: 588814 RJ 2020/0140931-7, Sexta Turma, Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, *internet* em 2020)

Segundo entendimento firmado pelo STJ (Supremo Tribunal de Justiça) em reação a garantia da ordem pública, a prisão cautelar poderá ser decretada quando a ordem pública estiver com risco eminente de ser prejudicada, podendo ser citados as situações de reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta e periculosidade social do agente ou pelas circunstâncias em que praticado o delito. Para melhor entender o abordado, menciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça-STJ:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES E LAVAGEM DE DINHEIRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da negativa da autoria delitiva, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do recurso em habeas corpus. 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. No caso em apreço, conforme se tem da leitura do decreto preventivo e do acórdão impugnado, verifica-se que a custódia cautelar foi adequadamente motivada pelas instâncias ordinárias, tendo sido demonstradas, com base em elementos concretos, a periculosidade da recorrente e a gravidade dos delitos, consubstanciadas nos fortes indícios de que integraria organização criminosa altamente articulada e voltada para prática de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, sendo apreendidos, inclusive, veículos, elevadas quantias em espécie e grande quantidade de cocaína, avaliada em mais de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais); o que demonstra concreto risco ao meio social. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação. 4. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como a primariedade, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. 5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 6. Recurso ordinário conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido. (BRASIL, DF, STJ, RHC Nº: 116383 MG 2019/0231772-2, Quinta Turma, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, *internet* em 2020)

Vale a pena elucidar que o STJ (Supremo Tribunal de Justiça), em relação à prisão preventiva, possui entendimento ao seu favor, desde que todos os requisitos sejam obedecidos, e assim terá compatibilidade com o princípio da presunção da inocência. Para ter uma melhor visão sobre o abordado, convém citar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PRISÃO RESTAURADA PELO TRIBUNAL. PERICULUM LIBERTATIS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FATO NOVO. FALTA DE INDICAÇÃO PELO TRIBUNAL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa

extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP). 2. O pronunciamento desta Corte Superior em sentido diverso do assentado pelo Tribunal estadual acerca da não comprovação da materialidade - como pretende a defesa - implicaria o inevitável reexame fático-probatório dos autos e, conseqüentemente, a subversão da essência do habeas corpus. 3. A prisão cautelar não pode ser restaurada pelo Tribunal de Justiça estadual sem a indicação de fato novo apto a evidenciar a necessidade e a urgência da prisão preventiva por ocasião do julgamento do recurso em sentido estrito, quando este é realizado muito tempo depois da soltura. Precedentes. 4. Na hipótese, a despeito de haver sido demonstrada a gravidade concreta da conduta e o risco de reiteração delitiva do agente, o réu ficou 1 ano em liberdade - desde a revogação da custódia cautelar pelo Juízo singular até o seu restabelecimento pela Corte de origem. Não era possível, portanto, ao Tribunal restabelecer a prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública, pois o aresto não traz indicação de fundamentos contemporâneos. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeira instância que revogou a prisão preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas cautelares do art. 319, III, IV, V e IX, do CPP. (BRASIL.DF.STJ - HC: 555083 PR 2019/0385715-9, SEXTA TURMA Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, internet em 2020).

A prisão preventiva não possui função de melhorar a imagem do judiciário e muito menos controlar opinião pública, que por sua vez tem sede por justiça, por uma justiça que seja rápida e eficiente, porém, nem sempre o que é pedido pela sociedade - imbuída pela sensação de impunidade - é justo e está conforme com os procedimentos legais. Sendo assim, o simples fato de um crime grave estar sendo amplamente repercutido, gerando uma comoção dentro da sociedade, não se torna argumento para decretação de uma cautelar. Para melhor entender o abordado, menciona-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E BASEADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. PRECEDENTES. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE DO CRIME E NO CLAMOR PÚBLICO. INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE A JUSTIFIQUEM. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESSA PARTE, CONCEDIDA. I - A questão relativa ao excesso de prazo para o término da instrução penal não foi apreciada nas instâncias ordinárias. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instância. Precedentes. II - O decreto de prisão cautelar há que se fundar em fatos concretos. Precedentes. III - A mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social, de per se, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o acusado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal. IV - Habeas corpus parcialmente conhecido, e nessa parte, concedida a ordem. (BRASIL, DF, STF, HC 100012 PE, Primeira Turma, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, internet em 2020)

Um caso interessante que teve muita repercussão, pelo fato de estar ligado ao tráfico internacional de drogas, foi a Suspensão de Liminar (SL) 1395, que suspendeu a eficácia da liminar deferida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Marco Aurélio de Mello no Habeas Corpus (HC 191836) que determinava a soltura de André Oliveira Macedo, traficante

de altíssima periculosidade. A Suspensão de Liminar referida teve como interpretação para a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que a não reavaliação da prisão preventiva, que deve ocorrer a cada 90 dias não autoriza a soltura automática de réus. Para entender melhor o ocorrido, dispõe o *site* oficial de notícias do Supremo Tribunal Federal (2020):

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) referendou a decisão do presidente, ministro Luiz Fux, na Suspensão de Liminar (SL) 1395, que suspendeu a eficácia da liminar deferida pelo ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus (HC 191836) que determinava a soltura de André Oliveira Macedo, conhecido como André do Rap, apontado como um dos líderes da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC). [...]O HC 191836 foi ajuizado contra decisão de ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que negou pedido de revogação da preventiva. Quando examinou o pedido feito ao STF, o relator, ministro Marco Aurélio, entendeu configurado excesso de prazo na prisão preventiva, pois o juiz responsável pelo caso não revisou a necessidade de manutenção da prisão cautelar no prazo de 90 dias, o que teria tornado ilegal a prisão preventiva, segundo o parágrafo único do artigo 316 do CPP. A SL 1395 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), com a alegação de perigo à segurança pública.

Pelo decorrido até o determinado momento, a revisão da preventiva se faz necessária no prazo de 90 (noventa) dias para manutenção da mesma. De certa forma, se for levada ao pé da letra o que está no texto da lei, um indivíduo preso preventivamente por mais de 90 (noventa) dias, sem a reavaliação da prisão preventiva, está preso ilegalmente. Porém apenas esse argumento não afasta os fatores de risco para a sociedade que o agente ainda pode oferecer, sendo assim não se faz necessária à sua liberação imediata, logo que se vence o prazo de 90 (noventa) dias, pois o mesmo está preso preventivamente pelo fato de ter preenchido todos os requisitos legais para a decretação.

Para melhor entender sobre a prisão preventiva para garantia da ordem pública em relação a periculosidade do agente, menciona-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal-STF:

PRISÃO PREVENTIVA – HOMICÍDIO – CONTORNOS DO DELITO – ORDEM PÚBLICA. O contexto alusivo ao homicídio, motivado por tráfico de drogas, a posição do paciente como suposto mandante do delito e a existência de depoimentos a indicarem ameaças a familiares da vítima sinalizam a periculosidade, viabilizando a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. (HC 158035, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 24-05-2019 PUBLIC 27-05-2019) (BRASIL, DF, STF, HC:158035 RS - RIO GRANDE DO SUL 0072504-85.2018.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, *internet* em 2020)

No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes pelos ministros do STF, ficou decidido que o cumprimento da

pena deve se iniciar apenas com o esgotamento de todos os recursos. No entanto, essa mesma decisão não afasta a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, desde que sejam preenchidos todos os requisitos presentes no Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva. Para melhor entender o abordado, menciona-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC *c/c* art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (BRASIL, DF, STF, ADC: 43, Min. Marco Aurélio, Plenário *internet* em 2020)

O que ficou decidido na Ações Declaratórias de Constitucionalidade, foi, o que está disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), está de acordo no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o Princípio da Presunção de Inocência, demonstrando a sua constitucionalidade. A ideia que foi vencida no plenário, foi a que defendia a execução da pena após a condenação em segunda instância, e que essa medida não viola o Princípio da Presunção de Inocência.

Tal decisão não descarta a prisão antes do esgotamento dos recursos, deixando bem claro que as cautelares são de extrema importância para a ordem no judiciário, no entanto estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com fundamentação específica e preenchendo os requisitos para a decretação.

CONCLUSÃO

A prisão preventiva, por si, já deve ser considerado um tema com grandes debates, discussões e pensamentos, junto do Princípio da Presunção de Inocência, formam no sistema jurídico brasileiro, uma forma de proteger o funcionamento do processo penal respeitando a constitucionalidade que uma prisão deve ter, visto que a restrição de liberdade é a exceção a uma regra que dispõem que todos tem o direito de permanecer em liberdade, sendo o agente privado de sua liberdade, apenas em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou nos casos previstos em Lei.

A prisão preventiva é um dos casos previstos em Lei, no qual o suposto culpado, que se enquadra nas formas previstas no Código de Processo Penal, para a decretação de uma prisão preventiva, tem a sua liberdade restringida. Tal medida não parece estar de comum acordo com a Constituição Federal, visto que, o Princípio da Presunção de Inocência prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. E assim o entendimento dos Tribunais Superiores, trazem que a prisão preventiva não fere a Constituição Federal, desde que todos os requisitos sejam obedecidos.

Para ser legal, a decretação de uma prisão preventiva, deve ser respaldada por algum dos fundamentos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal. O termo “ordem pública”, não pode ser confundido com o anseio da população em se obter justiça, o clamor social, que por muitas vezes é atizado pela mídia manipuladora e sensacionalista, dificultando o trabalho do poder judiciário.

Logo conclui-se que a mídia não pode interferir nas atividades do judiciário, respeitando a liberdade de imprensa, e também respeitando o direito ao devido processo legal. A preventiva por outro lado, não pode assumir um papel de melhorar a imagem do judiciário, que por influência da mídia e pela sua morosidade, possui pouca credibilidade na visão popular.

Como foi apresentado no trabalho o Princípio da Presunção de Inocência foi incorporado no Brasil, pela Carta Magna de 1988, e somente assim foi respeitado, demonstrando assim uma triste realidade, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que delinea os direitos humanos básicos, possui data de 10 de dezembro de 1948, e segundo a doutrina o princípio só foi respeitado, após a Constituição de 1988. Demonstrando assim um certo descaso histórico com os direitos e garantias das pessoas que estão ligados ao Processo Penal.

O presente trabalho buscou demonstrar como a prisão preventiva como garantia da ordem pública, é um tema bastante controverso, e pela busca de entender como tal medida se

enquadra em uma sociedade, onde os direitos do ser humano estão, acima de tudo ligados ao processo penal.

A justiça possui como função, a garantia dos direitos individuais, coletivos e sociais além de resolver conflitos, a função da prisão preventiva como garantia da ardem pública e assegurar a paz pública, manter a ordem social, impedir uma possível fuga, assegurar que uma futura pena seja cumprida, deixando que a justiça funcione normalmente através do processo penal.

Com a apresentação do referido trabalho, surge a possibilidade de novos e futuros estudos, como as medidas alternativas a prisão preventiva e como elas funcionam no sistema jurídico atual. Pois essas medidas podem ser utilizadas quando é cabível a prisão preventiva, no entanto em determinadas circunstâncias elas podem ser aplicadas, além de possuir um efeito menos oneroso, também possuem o intensão de caráter educativo para a sociedade.

Diante dos fatos apresentados, a preventiva pode ser considerada desnecessária em muitos casos, visto que podem existir outras medidas, menos danosas, que reflete a necessidade de passar uma mensagem, mesmo que não seja uma prisão, de que a paz social e acima de tudo a prioridade da justiça. Mas, com as penitenciárias, superlotadas, se faz necessário o questionamento para estudos futuros e novas pesquisas: são necessárias mais pessoas dentro de um sistema penitenciário precário e lotado? A restrição de liberdade do agente é realmente necessária para se obter a paz social? O caráter educativo está realmente funcionando, e servindo de exemplo para a sociedade?

A prisão preventiva é uma importante ferramenta para o judiciário, no entanto, deve ser decretado apenas em situações excepcionais, além de não possuir caráter de pena, em nenhuma circunstância. A partir do momento que uma medida cautelar, assumir o papel de pena, a mesma perderá a sua cautelaridade, tornando-se assim uma prisão inconstitucional, que vai contra o Princípio da Presunção de Inocência.

Além de possuir apoio da maioria da doutrina, a prisão preventiva para garantia da ordem pública, também possui os posicionamentos, por parte dos principais Tribunais Superiores, a favor de sua decretação. Sendo que o entendimento é que a preventiva não fere o Princípio da Presunção de Inocência, desde que os fundamentos estejam estipulados em Lei.

REFERÊNCIAS

ALVES, Elaine Martins de Sousa; VILELA, Tiago Guimarães. A natureza jurídica da prisão preventiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 941, p. 177-198, 2014. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/prisao.preventiva_4.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

AZEVEDO, Layse Negromonte. **ALTERNATIVAS CAUTELARES À PRISÃO PREVENTIVA E O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ**: prisão cautelar no brasil. 2011. 63 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – Ccj, Universidade Federal da Paraíba – Ufpb, João Pessoa, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/70/1/LNA17092012.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *In*: **Vade Mecum**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.ht. Acesso em: 05 set. 2020.

Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU**. 1948. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 2.110, de 30 de setembro de 1909**. Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos; e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-2110-30-setembro-1909-580312-republicacao-103475-pl.html>

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 29 de Novembro de 1983**. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=1%C2%BA%20Nas%20Provincias%20do%20Imperio,Paiz%2C%20Termos%2C%20e%20Comarcas.> >. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871**. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm > Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977**. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm#:~:text=LEI%20No%206.416%2C%20D E,\) %2C%20e%20d% C3%A1%20outras%20provid% C3%AAncias.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm#:~:text=LEI%20No%206.416%2C%20D E,) %2C%20e%20d% C3%A1%20outras%20provid% C3%AAncias.) Acesso em: 27 agosto. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 509.878 - SP (20190135393-7)**. Relator: Rogerio Schietti Cruz. T6 - Sexta Turma. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859374259/habeas-corpus-hc-509878-sp-2019-0135393-7/inteiro-teor-859374285?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº HC 555083 PR 2019/0385715-9**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855174556/habeas-corpus-hc-555083-pr-2019-0385715-9/inteiro-teor-855174566?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº HC 588814 RJ 2020/0140931-7**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. T6 - Sexta Turma, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101142448/habeas-corpus-hc-588814-rj-2020-0140931-7/inteiro-teor-1101142454?ref=serp>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº RHC 116383 MG 2019/0231772-2**. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. T5 - Quinta Turma, 5 de setembro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859375704/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-116383-mg-2019-0231772-2/inteiro-teor-859375714?ref=serp>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC: 43**. Relator Min. Marco Aurélio, Plenário 05 set. 2016. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2043%22& base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=d esc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2043%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=d esc&isAdvanced=true). Acesso em: 20 set. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº HC 0072504-85.2018.1.00.0000 RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768196515/habeas-corpus-hc-158035-rs-rio-grande-do-sul-0072504-8520181000000?ref=serp>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº HC 100012 PE. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma, DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7406649/habeas-corpus-hc-100012-pe?ref=serp>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 24 de novembro de 1969. **Promulga A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto De São José Da Costa Rica), De 27 De Novembro De 1969**. Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 27 agosto. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- CHAVES, Glenda Rose Gonçalves; BARBOSA, Nicole Bianchi. **Liberdade De Imprensa, Direitos De Personalidade E Presunção De Inocência. Revista do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d19-09/>. Acesso em: 26 set 2020.
- CURY, Rogério; CURY, Daniela Marinho Scabbia. **Estudo comparado da lei, nº 12.403/2011. Prisões cautelares**. São Paulo: Rideel, 2011.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência**. Londrina: Revista de Direito Público, 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/7381/6511>. Acessado em 24 de set. 2020.
- MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. **Mídias e direitos da sociedade em rede**. Ijuí: Unijuí, 2014.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NOTÍCIAS, Agência Câmara de. **Ayres Britto: controle da imprensa só pode ser feito pela imprensa**. 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/403763-ayres-britto-controle-da-imprensa-so-pode-ser-feito-pela-imprensa>. Acesso em: 24 set. 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de direito processual penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- QUEIROZ, Paulo. **A Nova Prisão Preventiva – Lei Nº 13.964/2019. 2020**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- REIS, Thiago Nascimento dos. **Presos no Palco: avanços e desafios das audiências de custódia recém-implementadas na justiça estadual da cidade de São Paulo**. São Paulo: Stanford Law School, 2017. 61 p. 8 de setembro de 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3034424>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **Uma breve história da prisão preventiva no Brasil**. 2016. Disponível em: <https://blogdomarcelocardozo.com/2016/06/18/uma-breve-historia-da-prisao-preventiva-no-brasil/#:~:text=Em%201942%2C%20sob%20inspira%C3%A7%C3%A3o%20do,312..> Acesso em: 31 ago. 2020.

STF, Notícias. **Quinta Turma altera entendimento e anula conversão de ofício da prisão em flagrante para preventiva**. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/22102020-Quinta-Turma-altera-entendimento-e-anula-conversao-de-oficio-da-prisao-em-flagrante-para-preventiva.aspx>. Acesso em: 20 out. 2020.

STF, Notícias. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos**. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>. Acesso em: 13 set. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.