

**FACULDADE DOCTUM DE ENSINO
FACULDADE DE DIREITO DA SERRA**

**PRISÃO PREVENTIVA E A ILEGALIDADE DE SUA
MANUTENÇÃO SOB O ARGUMENTO DE GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA**

MARCOS ANTÔNIO GONÇALVES

Serra/ES

2017

MARCOS ANTÔNIO GONÇALVES

**PRISÃO PREVENTIVA E A ILEGALIDADE DE SUA
MANUTENÇÃO SOB O ARGUMENTO DE GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade Doctum de Direito da Serra, como requisito básico para a conclusão do Curso de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms Thiago Andrade dos Santos.

Serra/ES

2017

Sumário

Resumo.....	4
INTRODUÇÃO.....	4
2 METODOLOGIA E OBJETIVO	4
3 PRISÃO PREVENTIVA	4
4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	5
5 DIVERGÊNCIA	7
6 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA OU ARBITRARIEDADE.....	7
7 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO	8
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	15
8 REFERÊNCIAS	16

PRISÃO PREVENTIVA E A ILEGALIDADE DE SUA MANUTENÇÃO SOB O ARGUMENTO DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Resumo– Esta pesquisa visa à análise da garantia da ordem pública, procurando demonstrar que, o referido instituto se mostra incompatível com as garantias constitucionais elencadas em nossa Carta Maior, após desaparecerem os requisitos iniciais, ensejadores da referida fundamentação.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Garantias Constitucionais. Garantia da Ordem Pública.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe à análise da garantia da ordem pública, como fundamento de validade para a manutenção da prisão preventiva frente ao princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade) edemais garantiaselencadas na Constituição Federal de 1988, a qual presapela liberdade do acusado.

2 METODOLOGIA E OBJETIVO

Este artigo usará o método de pesquisa lógico-dedutivo, pela análise de decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do temaproposto, analisando o instituto da ordem pública em face das medidas cautelares diversas da prisão.

Buscaremos na doutrina,jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais, procurando auferir a legalidade ou ilegalidade normativa deste instituto frente às garantias constitucionais do acusado.

3 PRISÃO PREVENTIVA

No sentido amplo, podemos conceituar prisão como qualquer meio capaz de sequestrar o direito de locomoção do indivíduo, privando-o de sua liberdade.Prisão é

gênero do qual a prisão preventiva é espécie, sendo esta decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo por objetivo assegurar a investigação policial, devendo ser decretada quando se revelar inaplicável as medidas cautelares dispostas no Código de Processo Penal (CPP).

Para o renomado jurista Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 88):

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.

De acordo com o referido autor a prisão cautelar é um meio de se garantir que o processo corra na mais perfeita ordem, não se fazendo juízo de culpabilidade do agente, devendo ser aplicada como medida excepcional, oportunizando sempre que possível ao acusado o direito de responder em liberdade.

4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1988 traz em seu artigo 5º, uma série de garantias para o acusado dentre as quais destacamos os incisos XLIX¹, LVII², LXII³, LXIII⁴, LXIV⁵, LXV⁶, LXVI⁷, LXVIII⁸, LXXV⁹ e LXXVIII¹⁰;

¹ Artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

² Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

³ Artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

⁴ Artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

⁵ Artigo 5º, inciso LXIV, da Constituição Federal: “O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.

⁶ Artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal: “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

⁷ Artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

⁸ Artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A nossa Carta Magna tem como regra a liberdade, sendo a prisão exceção, devendo o magistrado aplicar as medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, que foram introduzidas pela Lei nº 12.403/11, buscando evitar a segregação do acusado durante a instrução criminal, aplicando-se a medida mais gravosa apenas como *ultima ratio*.

Como dito, o Código de Processo Penal pátrio, Lei nº 3.689/41, traz no seu artigo 319, um rol de medidas cautelares alternativas à prisão, perfeitamente aplicáveis antes e durante a instrução criminal, quase que na totalidade dos casos.

As medidas cautelares encontram-se compatíveis com a sistemática jurídica brasileira, devendo-se fazer a interpretação dos artigos 312, 313 c/c o artigo 319 do CPP, e aplicar a prisão preventiva somente depois de analisadas as possibilidades diversas da prisão.

Na análise dos casos práticos, verificamos que os tribunais superiores têm adotado posturas distantes dos ensinamentos ventilados nos parágrafos anteriores, haja vista que há uma cultura de prisão como regra, sendo a liberdade uma exceção, afrontando o legislador constituinte. Essa posição aumenta a demanda de recursos intermináveis chegando-se a instância mais alta de nosso país o Supremo Tribunal Federal (STF), para se alcançar resposta favorável ao caso concreto, sendo claro flagrante de uma constrição ilegal e desproporcional visto não ser esta a regra adotada em nosso Estado Democrático de Direito.

Ao deixarmos a pessoa em estado de segregação, considerando-se que nossos tribunais encontram-se abarrotados de casos à espera da apreciação dos magistrados, e que isso pode demandar muito tempo, e a generalidade da argumentação de garantia da ordem pública na manutenção da prisão, não seria ilegal esta prisão? Não é mais coerente com nossa sistemática oportunizar ao indivíduo responder ao processo em liberdade e, somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória prendê-lo?

⁹ Artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

¹⁰ Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

5 DIVERGÊNCIA

Prisão preventiva com fundamento de garantia da ordem pública tem sido objeto de divergência entre a doutrina brasileira. Os magistrados cada vez mais lançam mão deste instrumento como forma de validade para manter o acusado preso, fato este que vem acontecendo em nossos tribunais. Buscaremos demonstrar esta afirmação ao longo desta obra e para isso traremos um caso concreto.

A repercussão do delito pelos meios de comunicações, rádio, televisão, jornais, e a comoção social, em casos de alta repercussão podem influenciar na decisão do juiz, o qual buscando dar uma resposta para a sociedade com a finalidade de acalmar os ânimos e dar credibilidade à justiça brasileira, venha a decretar a prisão preventiva, usando do argumento genérico (geral, indeterminado e vago) de garantia da ordem pública, ficando na subjetividade do magistrado o real motivo de tal medida. No primeiro momento pode ser viável, como forma de se garantir a instrução penal, mas, no decorrer do processo criminal pode se perder sua característica e viabilidade, trazendo uma insegurança jurídica para o sistema judiciário, o que vai se revelar incompatível com a sistemática processual brasileira.

A análise crítica deste instituto é de suma importância para checar a validade de sua abrangência, visto que o princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade) dispõe ser o acusado inocente até prova em contrário, sendo mais coerente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão elencadas em nosso Código de Processo Penal – (CPP), regulamentadas pela Lei 12.403/11.

6 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA OU ARBITRARIEDADE

Prisão preventiva mantida com fundamento de garantia da ordem pública há muito que é controverso na doutrina brasileira, e também em nossos tribunais, temos visto decisões pró e contra esta fundamentação para a manutenção da preventiva, pois uma prisão apoiada sob este argumento se torna de difícil combate, visto ser um tema amplo e abrangente, abarcando diversas possibilidades ficando na subjetividade do julgador.

Nos ensinamentos de Aury Lopez Jr. (2014, p. 606), ordem pública é:

[...] conceitovago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, [...] por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”.

Não podemos esquecer que temos uma Constituição a qual presa pela liberdade de seus cidadãos, tendo como regra este valor maior a liberdade sendo uma exceção à prisão, presumindo-se a inocência doréu.

A nossa Carta Magna de 1988, traz algumas restrições a esta liberdade, sempre com *ultima ratio*, devendo o magistrado buscar a aplicação de medida menos gravosa para o caso concreto e, somente quando não compatíveis às medidas cautelares alternativas a prisão, inseridas na nossa legislação processual penal decretar a preventiva.

Pelo que cessando as causas de sua imposição deverá ser oportunizado ao acusado, o direito Constitucional de responder ao processo crime em liberdade, até a sentença penal condenatória transitada em julgado e se condenado decreta-se novamente a prisão.

Ao insistir na manutenção da medida cautelar assecuratória, quando cessadas as causas de sua imposição no caminhar da instrução, mesmo que fundamentada na garantia da ordem pública esta se revelará ilegal, arbitrária e com possível abuso de poder, por parte do magistrado que a impôs.

7 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Ao analisarmos o tema de garantia da ordem pública como fundamento de validade para manutenção da prisão preventiva do acusado verifica-se, o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante deverá fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória com ou sem fiança conforme artigo 310 e incisos do Código de Processo Penal (CPP).

Referentes à prisão e a liberdade temos o artigo 310¹¹, e incisos I¹², II¹³ e III¹⁴, todos do artigo 310, doCPP. Convertendo-se a prisão em flagrante em preventiva somente quando se revelarem incompatíveis as cautelares elencadas no artigo 319¹⁵, e incisos I¹⁶, II¹⁷, III¹⁸, IV¹⁹, V²⁰, VI²¹, VII²², VIII²³, IX²⁴, do CPP, aplicando-se a medida preventiva quando se revelarem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão.

Neste contexto, Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 595-596):

[...] entende-se por ordem pública a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou reunido em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. Mas isto é que é importante: outras situações podem traduzi-la, [...].

Como operadores de direito a visão que temos deste instrumento utilizado pelos magistrados é assustadora, como preparar uma defesa técnica diante de um

¹¹ Artigo 310, Código de Processo Penal: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:”.

¹² Artigo 310, inciso I, do Código de Processo Penal: “Relaxar a prisão ilegal; ou”.

¹³ Artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal: “Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão; ou”.

¹⁴ Artigo 310, inciso III, do Código de Processo Penal: “Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

¹⁵ Artigo 319, Código de Processo Penal: “São medidas cautelares diversas da prisão:”.

¹⁶ Artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal: “Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;”.

¹⁷ Artigo 319, inciso II, do Código de Processo Penal: “Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;”.

¹⁸ Artigo 319, inciso III, do Código de Processo Penal: “Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;”.

¹⁹ Artigo 319, inciso IV, do Código de Processo Penal: “Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;”.

²⁰ Artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal: “Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;”.

²¹ Artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal: “Suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;”.

²² Artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal: “Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;”.

²³ Artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal: “Fiança, nas infrações que admitirem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;”.

²⁴ Artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal: “Monitoração eletrônica”.

argumento genérico (geral, indeterminado e vago) que pode ficar na subjetividade do julgador.

Para Vicente Greco Filho (2013, p. 311) a:

Ordem Pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrários. **É ordem pública**, porém, a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como **crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade**. Caberá ao juiz distinguir as situações (grifos nosso).

Seguindo o raciocínio do autor, o interesse tutelado em questão pode ser o do acusado, pois, o bem que se busca reaver é a liberdade que por medida acautelatória lhe foi tirada. Não se enquadrando o crime cometido em violência desmedida, nem praticado contra pessoas indefesas ou com requintes de crueldade e não sendo incompatível a permanência do indivíduo em liberdade, motivos não há para o juiz indeferir o pedido de liberdade provisória do acusado.

Não são para isso que as medidas cautelares foram desenvolvidas, com o intuito de evitar o abarrotamento das penitenciárias e um gasto desnecessário aos cofres públicos.

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 4-5) ensina que:

[...] “a Lei nº 12.403/2011 ampliou de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, **proporcionando ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade**. De acordo com a nova redação do art. 319 do CPP, são previstas 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, de forma isolada ou cumulativa, como vínculos da liberdade provisória (CPP, art. 321) ou, ainda de forma autônoma à prisão (grifos nosso).

As medidas cautelares estão posta ao alcance dos magistrados, cabendo ao juiz aplica-las ao caso concreto, evitando o encarceramento

desnecessário proporcionando a realização do direito constitucional de liberdade e presunção de inocência do acusado, até a sentença penal condenatória transita em julgado.

Para uma melhor compreensão do tema aqui tratado, analisamos um caso concreto, qual seja: o julgamento do *habeas corpus* nº 136929 pelo Supremo Tribunal Federal, onde oréu preso por determinação do juízo de piso, em virtude de suposto cometimento das infrações descritas nos artigos 1º (organização criminosa) da Lei nº 12.850/2013 e 1º (lavagem de dinheiro) da Lei nº 9.613/1998. Apontado a existência de indícios de autoria e materialidade delitivas, tendo-os como evidenciados pela utilização de contas de empresas-fantasma e de pessoas naturais “laranjas”, relator: Min. Marco Aurélio.

Ao abordarmos o caso em comento, observamos que a fundamentação de garantia da ordem pública, desapareceu no decorrer do processo, pelo que o referido argumento não mais se sustentou.

Não houve outro remédio senão o deferimento do *habeas corpus*, previsto no art. 5.º, inciso LXVIII, da CF88, garantindo-se o direito de liberdade do acusado.

Nestor Távora (2013, p. 580) ensina que:

Admite-se a decretação da preventiva até mesmo sem instauração do inquérito policial, desde que o atendimento aos requisitos legais seja demonstrado por outros elementos indiciários, como extraídos de procedimento investigatório extrapolicial. **A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF)**, afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator (grifos nosso).

O juiz deve se ater ao caso concreto buscando uma resposta que melhor se ajuste a norma, pautando seu julgamento na realização da justiça, valendo-se dos princípios da imparcialidade e persuasão racional do juiz.

Afastando-se de pronunciar decisão que satisfaça apenas os interesses imediatos da sociedade, pois, o acusado ainda não foi condenado e merece ser tratado com observância de todos os direitos que lhe são garantidos pela nossa Constituição Federal de 1988, principalmente o de presunção de inocência. Passaremos agora a análise do caso.

Ementa: DECISÃO PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – INSUBSISTÊNCIA. HABEAS CORPUS – EXTENSÃO – CORRÉUS. HABEAS CORPUS – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. A assessora Dra. Mariana Madera Nunes prestou as seguintes informações:

O Juízo da Quarta Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, no processo nº 0008606-11.2016.4.05.8300, determinou a prisão preventiva do paciente, ocorrida em 21 de junho de 2016, em virtude do suposto cometimento das infrações descritas nos artigos 1º (organização criminosa) da Lei nº 12.850/2013 e 1º (lavagem de dinheiro) da Lei nº 9.613/1998. Apontou a existência de indícios da autoria e da materialidade delitivas, tendo-os como evidenciados pela utilização de contas de empresas-fantasma de pessoas naturais “laranjas”. Assentou a contemporaneidade dos fatos, afirmando perdurarem desde 2010. **Consignou a necessidade da custódia para garantia da ordem pública e da econômica e por conveniência da instrução processual, considerada a continuidade da prática criminosa, o desequilíbrio das finanças nacionais, o risco de comprometimento da obtenção de novas provas e a possibilidade de intimidação de testemunhas.**

Impetrou-se habeas corpus no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sustentando-se a inidoneidade do ato mediante o qual determinada a **segregação, alicerçada na gravidade abstrata dos delitos**. Afirmou-se já terem sido **efetivadas as buscas e apreensões** pendentes, **não havendo falar em risco de frustração das diligências**. Articulou-se com a **violação ao princípio constitucional da não culpabilidade, porquanto presumida a reiteração criminosa**. A Segunda Turma, ao indeferir a ordem, entendeu injustificada a preventiva, ante os indicativos de envolvimento do grupo na prática de crimes que ofendem a ordem pública e a econômica. No Superior Tribunal de Justiça, recurso ordinário em habeas corpus nº 74.925/PE, renovou-se a argumentação expendida anteriormente. Aduziu-se a falta de contemporaneidade entre a custódia e a época da suposta prática delituosa – 2010. Arguiu-se não individualizadas as condutas no ato constritivo, ressaltando-se a autonomia do delito de associação criminosa em relação às infrações cometidas pelos membros. O Relator não acolheu o pleito de liminar, anotando não vislumbrar manifesta ilegalidade a ensejar o implemento da medida de urgência. Neste habeas, os impetrantes pleiteiam a superação do óbice descrito no verbete nº 691 da Súmula do Supremo. **Reiteram não terem sido indicados elementos concretos relativamente à possibilidade de interferência nas investigações ou de persistências ações criminosas**. Evocam precedentes deste Tribunal acerca da vedação à prisão processual alicerçada somente na reprovabilidade da conduta ou no temor de reiteração delitiva. Saliendam que **a efetivação de constrição patrimonial e de medidas cautelares probatórias são suficientes à apuração da verdade real**. Sublinham que os acontecimentos considerados no pronunciamento remontam aos anos de 2010 a 2012, motivo pelo qual **não configurada a contemporaneidade**. Dizem que se **deixou de justificar ausência de imposição de medidas cautelares alternativas à custódia, dizendo-as adequadas**. **Requerem, em âmbito liminar, a revogação da segregação cautelar até o julgamento definitivo da impetração e, sucessivamente, a aplicação de medidas alternativas**. No mérito, buscam a confirmação da providência. A fase é de exame da medida acauteladora.

2. A leitura do ato que implicou, ainda na fase de inquérito policial, a prisão do paciente revela ter sido considerada a imputação.

Foram tecidos comentários sobre os delitos e afirmou-se, a seguir, que a prática criminosa é apta a afetar o equilíbrio do mercado financeiro. Destacou-se a indispensabilidade da constrição considerada a existência de indícios de continuidade delitiva, com base nos elementos probatórios obtidos na investigação. **Sem referência a qualquer elemento concreto**.

aludiu-se ao risco de intimidação de testemunhas e de obstrução de provas.

A generalidade da articulação não permite o endosso. Sob o ângulo da garantia da ordem pública e da econômica, descabe partir da capacidade intuitiva acerca da possibilidade de reiteração criminosa. Quanto ao risco ao desdobramento da instrução processual, há de reportar-se, obrigatoriamente, a certo fato. Fora isso é a suposição do excepcional, do extravagante, o que não é suficiente a respaldar a preventiva.

O possível envolvimento em delito não leva à inversão da sequência do **processo-crime, que direciona a apurar para, selada a culpa, em execução da pena, prender.** O arcabouço normativo não contempla a custódia automática presente possível imputação.

3. Defiro a liminar pleiteada. **Expeçam alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias:** caso o paciente não se encontre recolhido por motivo diverso da preventiva formalizada no processo nº 0008606-11.2016.4.05.8300, da Quarta Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco. Advirtam-no da necessidade de **permanecer na residência indicada,** atendendo aos chamamentos judiciais, de informar transferência que venha a ocorrer e de adotar a postura que se aguarda do homem integrado à sociedade.

4. **Sendo idêntica a situação dos corréus** Eduardo Freire Bezerra Leite, Apolo Santana Vieira, Paulo César de Barros Morato e Arthur Roberto Lapa Rosal, a eles **estendo esta medida acauteladora,** com os mesmos cuidados, observando o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República.

(STF-Medida Cautelar no Habeas Corpus: 136929/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, data de julgamento 13-09-2016, Tribunal Pleno, Data da Publicação: DJe-197 DIVULG 14-09-2016 PUBLIC 15-09-2016) (grifos nosso).

É importante destacar que no caso supracitado, foi preciso recorrer a Suprema Corte para se ter um resultado prático favorável ao paciente. Ademais, nota-se que foi estendida a benesse aos corréus e, por fim aplicando-se medida cautelar diversa do encarceramento do acusado, disciplinada pela Lei nº 12.403/11.

No caso em comento se manteve a prisão preventiva sob o prisma de garantia da ordem pública, quando na verdade o magistrado de piso, segundo o artigo 316²⁵, do Código de Processo Penal poderia tê-la revogado, visto ter deixado de existir os requisitos ensejadores da prisão.

Não é o objetivo desta pesquisa que a prisão preventiva seja abolida da sistemática brasileira, apenas que após o desaparecimento dos requisitos de sua fundamentação, seja ela revogada o que não ocorrendo deixará de ser legal e passará a ser ilegal ferindo um preceito constitucional elencado no artigo 5º, inciso

²⁵ Artigo 316, Código de Processo Penal: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

LXVI²⁶, da Constituição de 1988 que é o direito de liberdade provisória admitida em lei, frente à presunção de inocência do inciso LVII²⁷, também do artigo 5º, da Constituição de 1988.

O Direito Processual Penal lida com bens de suma importância, a liberdade, a vida, direito de locomoção das pessoas, carece de segurança jurídica o que não se obtém com este instituto, é preciso definir qual o seu real alcance e delimitar sua aplicação apenas durante a instrução criminal, transformando o que é uma faculdade do juiz de conceder a liberdade provisória em um dever. Mesmo diante desta insegurança jurídica que a garantia da ordem pública possa trazer.

Paulo Rangel (2005, p. 638) defende que:

As expressões garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal constituem o chamado *periculum in mora* (*periculum libertatis*), ou seja, o perigo na demora da prestação jurisdicional, pois, quando for dada a sentença, se a medida não for adotada, de nada valerá.

Entendemos que nas palavras do jurista, esse cerceamento cautelar se faz necessário, ao melhor andamento da instrução, resguardando que o acusado possa coagir testemunhas, evitando-se a fuga do mesmo ou que continue a delinquir. Porém o que defendemos é que uma vez cessados os motivos, seja concedido de plano a provisória, pois, a privação que antes era legal passa a ser arbitrária desproporcional e ilegal. Como podemos contestar a validade de um instituto onde nem mesmo a doutrina conseguiu delimitar o seu real alcance, é o que se extrair dos ensinamentos doutrinários.

Ana Flávia Messa (2014, p. 585), ensina que garantia de ordem pública é:

[...] termo amplo, indeterminado, variável no tempo e no espaço, que implica a ausência de perturbação na paz pública e na harmonia social. Trata-se de impedir que a pessoa cometa novos crimes para **manter a tranquilidade**

²⁶Artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

²⁷Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

no meio social, garantindo a credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão (grifos nosso).

Nessa linha de entendimento, a ordem pública restará evidente para dar credibilidade à justiça, manter a tranquilidade aparente à sociedade frente a crimes graves de repercussão.

Essa não parece ser a melhor exegeta do referido instituto, que poderá estar eivado de ilegalidade ou mesmo revestido de abuso de poder. Quem deve proporcionar segurança, paz e tranquilidade é o Estado por meio de políticas públicas, com a presença da polícia ostensiva nas ruas e não a privação alheia do indivíduo que não mais se enquadrar nos requisitos iniciais.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos que a Prisão cautelar deve ser imposta no início das investigações como meio de garantir que a instrução criminal não sofra interferências alheia, porém ela não deve ser usada para se fazer um juízo antecipado de culpa, visto que o acusado é presumidamente inocente.

Observamos que o referido instituto carece de ser disciplinado, pois, não incomum ele ser usado de maneira desproporcional prolongando-se no tempo e no espaço, ferindo o sentimento de dignidade do ser humano ao priva-lo do seu direito de liberdade, convívio com seus familiares e sociedade. Podendo ser ao final da instrução considerado inocente, e o tempo que esteve preso jamais poderá ser recuperado estigmatizando-o para sempre aos olhos da sociedade que outrora lhe considerava culpado e que continuará com esta consciência e juízo de culpabilidade do indivíduo.

Concluimos que a garantia da ordem pública carece de interpretação restritiva, devendo ser aplicada no início da persecução como garantido bom andamento da instrução criminal e, ao desaparecerem os motivos aos quais se fundamentou a sua aplicação, não mais assistirá razão de se manter o acusado preso. Portanto ao insistir o magistrado na segregação do acusado alegando ordem pública tornará a constrição ilegal, arbitrária e revelando-se incompatível com a sistemática jurídica brasileira, sob o risco de responder por arbitrariedade e abuso de poder.

8REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=249346&norma=102408>>

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal. Vademecum universitário de Direito 2017**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Deferimento de Habeas Corpus**. Habeas Corpus nº 136929. João Carlos Lyra Pessoa de Mello Filho. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13 de set. 2016.

DE LIMA, Renato Brasileiro, **Nova Prisão Cautelar**, 2 ed, Rio de Janeiro, ed, Impetus, 2012.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**, 10, ed, São Paulo, ed, Saraiva, 2013.

JUNIOR, Aury Lopez. **Direito Processual Penal**, 11, ed, São Paulo, ed, Saraiva, 2014.

MESSA, ANA FLÁVIA. **Curso de Direito Processual Penal**, 2, ed, São Paulo, ed, Saraiva, 2014.

NESTOR, Távora. **Curso de Direito Processual Penal**, 8, ed, Bahia, ed, JusPODIVM, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 10, ed, São Paulo, ed, Lumen Juris, 2005.

TOURINHO FILHO, Fenando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 6, ed, São Paulo, ed, Saraiva, 2004.