

**ORDEM PÚBLICA EX MACHINA: “TEJE PRESO”, UM ARTIFÍCIO LITERÁRIO NAS DECISÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO****PUBLIC ORDER EX MACHINA: "UNDER ARREST", A LITERARY ARTIFICE IN THE DECISIONS IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE****EDNA RAQUEL HOGEMANN<sup>1</sup>****BRENO BOTELHO VIEIRA DA SILVA<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Esse estudo propõe-se a refletir criticamente sobre as decisões proferidas no âmbito do Judiciário criminal brasileiro, sob o prisma ficcional *plot device Deus Ex Machina - Deus surgido da máquina*, especialmente no que diz respeito à utilização do jargão “garantia da ordem pública” para decretar a prisão preventiva de suspeitos. Os autores promovem paralelos e proximidades possíveis entre o termo grego, utilizado nas tragédias e em mais variadas tramas literárias apontados como uma solução mirabolante na ficção, e os discursos em que a arbitrariedade sob a pretensa lógica da ordem pública é invocada pelos magistrados na vida real. Discorrem sobre as origens da figura da “ordem pública” na Literatura e no Direito Processual Penal brasileiro, e refletem criticamente sobre a amplitude de seu conteúdo no ordenamento jurídico nacional. A metodologia escolhida é a qualitativa, documental, tendo como fontes primárias os dados da população carcerária fornecidos pelo Ministério da Justiça e os relatórios sobre a impetração de *Habeas Corpus* nas Cortes Superiores. Comparam alguns enredos clássicos da Literatura em que *o Deus surgido da máquina* é invocado, em detrimento da lógica interna da

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Direito na Universidade Estácio de Sá. Professora Permanente do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Coordenadora do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro da Law & Society Association (EUA). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3237502473386597>. E-mail: [ershogemann@gmail.com](mailto:ershogemann@gmail.com)

<sup>2</sup> Bacharelado em Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ). Monitor e pesquisador de Ética Geral e Profissional na UNIRIO. Presidente da Liga Acadêmica de Ciências Criminais da Unirio (LACCrim). Membro do Grupo de Pesquisas Direitos Fundamentais e Transformação Social na UNESA. Estagiário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9521661752144889>. E-mail: [brenovieirasilva81@gmail.com](mailto:brenovieirasilva81@gmail.com)

própria narrativa, para por fim a um problema insolúvel, e casos concretos emblemáticos. Concluem com um questionamento sobre a utilização da “ordem pública” como requisito para a decretação da prisão cautelar, apontando para jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** ordem pública; direito processual; arbitrariedade; tragédia grega; artifício literário.

**ABSTRACT:** This paper proposes to reflect critically on the decisions rendered in the field of the Brazilian criminal judiciary, under the prism of the fictional plot device Deus Ex Machina - God emerged from the machine, especially regarding the use of the jargon "guarantee of public order" in order to maintain pre-trial detention of suspects. The authors promote parallel and common points between the Greek term used in the tragedies and in more varied literary plots pointed as a miraculous solution in the fiction, and discourses in which the arbitrariness under the pretended logic of the public order is invoked by the magistrates in real life. They discuss the origins of the figure of "public order" in the Brazilian Criminal Procedure Law, and reflect critically on the amplitude of its national legal order. The chosen methodology is a qualitative and documentary one, having as primary sources the data of the population contracted by the Ministry of Justice and investigation regarding the impetration of Habeas Corpus in the Superior Courts. They compare some classic plots of literature in which the God emerged from the machine is invoked to the detriment of the internal logic of the narrative itself, thus answering an insoluble problem, and some concrete emblematic judicial cases. It is concluded with a questioning about the use of "public order" as a requirement for a detention order, pointing to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

**KEYWORDS:** Public order; Criminal procedure law; Judicial arbitrariness; Greek tragedy; Plot device

## 1 INTRODUÇÃO

“Quanta realidade se encontra nas ficções? E quanta ficção conforma a nossa realidade?” (STRECK; TRINDADE, 2013, p. 3). Essas perguntas realizadas pelos juristas, aparentemente inofensivas, permeiam os estudos envolvendo o Direito e Literatura. A sensibilidade única conferida aos artistas os permite visualizar o mundo de uma forma singular, intrigando o público leitor, e evidenciando os mais ocultos e contraditórios aspectos de uma determinada sociedade. Conseqüentemente, é possível

traçar paralelos com elementos, personagens ou mesmo ferramentas utilizadas nas tramas e que, de certo, reverberam nas Ciências Jurídicas.

Por exemplo, há uma série de episódios em que o Direito Penal e Processual Penal, como as mãos mais fortes do Estado e cujos poderes podem tirar a liberdade e, por vezes, até a vida de seus cidadãos são retratados nas obras literárias. Críticas sobre a clássica agonia de Josef K. contada em “O Processo”, ou a própria crueldade representada “Na Colônia Penal”, ambas obras do tcheco Franz Kafka, possibilitam ricas intersecções entre as áreas e proporcionam ensaios críticos merecedores das mais atentas leituras. Revisitando as duas últimas obras citadas, o professor e Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa é muito feliz em seu artigo ao afirmar que:

O Processo Penal é – para atores jurídicos diretamente vinculados (juiz, promotor de justiça, advogados, técnicos) e principalmente para acusados e vítimas -, uma grande interrogação! Desde a teoria do *injusto* até as regras processuais, tudo está envolvido por uma grande névoa enigmática. (...) Uma Justiça fugidia, opaca, opressora, claustrofóbica, contraditória, burocrática, da qual passa a ser um objeto de investigação, *sem que saiba do que é acusado, quem o acusou e como se dá seu processo.* (STRECK; TRINDADE, 2013, p. 10)

Partilhando da mesma visão que o ilustre professor, o presente artigo também buscará traçar paralelos entre o Processo Penal e a Literatura, mas com uma singela diferença. Ao invés de analisar uma obra ou um autor em específico dentre as mais variadas possibilidades, os autores resolveram abordar um artifício narrativo deveras arbitrário, porém insistentemente presente em livros clássicos e contemporâneos e sua possível correlação com o processo penal brasileiro: o *Deus Ex Machina*. A pergunta que se faz: é legítima a utilização de um artifício dessa natureza no Direito brasileiro, em especial no procedimento que diz respeito ao cerceamento à liberdade do cidadão?

## 2 O DEUS SURGIDO DA MÁQUINA

O *Deus Ex Machina*, a tradução latina para o grego “Deus surgido ou trazido da Máquina”, é um artifício literário em obras ficcionais em que o autor, através de um elemento, poder ou evento inesperado resolve uma situação aparentemente sem

esperança ou sem resposta. De acordo com o professor Jacó Guinsburg, tradutor da obra “O Nascimento da Tragédia ou Helenismo e pessimismo”, essa é uma expressão literal:

(...) nascida do emprego, no teatro greco-latino, de um mecanismo para fazer baixar do teto da skene um ator a encarnar um deus que intervinha na ação para provocar o desenlace. Embora se pretenda que Ésquilo o tenha inventado, foi Eurípides quem recorreu ao artifício, na maioria de suas peças, a fim de amarrar o enredo ou desembaraçar os protagonistas de alguma dificuldade de outro modo insuperável, o que já suscita em Sócrates uma alusão irônica aos "fazedores de tragédia que, nos casos embaraçosos, procuram um recurso nas máquinas de teatro e tiram os seus deuses do ar"

Autores clássicos como Eurípides utilizavam em demasia tal *plot device* para solucionar as peças de sua autoria, notoriamente na peça “Medeia”. A obra é centrada nas ações e vingança da protagonista de mesmo nome contra o marido Jasão, que a trocou por Glauce, filha de Creonte, o rei de Corinto. Após arquitetar as mortes dos últimos e assassinar os próprios filhos para castigar o marido infiel, Medeia depara-se com Jasão. Ao contrário da lógica interna da obra e da própria sociedade patriarcal grega que levaria inevitavelmente à sua morte pelas mãos da vítima, esta escapa numa carruagem alada providenciada pelos deuses. “Não encostarás em mim, pois meu avô, o Sol, providenciou-me a carruagem que afasta a mão hostil” (EURÍPEDES, 2010, p. 143)

Como é possível inferir, o uso de tal meio em tramas foi e continua sendo criticado por especialistas e até mesmo leitores e expectadores. O *Deus Ex Machina* ao longo dos séculos ganhou alcunha de fim improvável e solucionador de qualquer problema com facilidade exacerbada. Afinal, o autor da obra sempre poderá utilizar-se deste truque para, em detrimento dos próprios elementos em cena, resolver um entrave intransponível no enredo e direcioná-lo abrupta e irrefutavelmente para um caminho pré-definido. Aristóteles nessa linha foi um ferrenho crítico desse caminho trilhado por muitos escritores. O filósofo aponta que:

Tanto na representação dos caracteres como no trecho das ações, importa procurar sempre a verossimilhança e a necessidade; por isso, as palavras e os atos de uma personagem de certo caráter devem justificar-se por sua verossimilhança e necessidade, tal como nos mitos os sucessos de ação para ação.

É pois evidente que também os desenlaces devem resultar da própria estrutura do mito, e não do *deus ex machina*, como acontece em Medeia ou naquela parte da *Ilíada* em que se trata do regresso das naves. (ARISTÓTELES, 1984, p. 254)

Entretanto, com a devida vênia ao pensamento aristotélico, dentro do campo artístico, no caso o literário e dramatúrgico, a criatividade humana permite determinadas ferramentas para incrementar ou direcionar as ficções. Um determinado autor tem o pleno controle sobre a sua ficção e exerce este poder através da pena com que traça o destino de seus personagens, seus pensamentos e os acontecimentos que ocorrerão ao longo das páginas. Verdade que, de um ponto de vista lógico, talvez, dependendo do caso concreto, não seja o melhor artifício a ser empregado em um livro, prejudicando tão somente o leitor que não obterá a experiência literária que deseja. Contudo, como no campo da ficção as possibilidades ficam limitadas tão somente à criatividade intelectual dos autores, não há nenhum empecilho para que subitamente uma carruagem divina leve em segurança uma assassina prestes a enfrentar a própria morte. Não é isso que é discutido no presente artigo.

Se no enredo ficcional não há graves problemas em sua utilização, já que está sempre à disposição dos desbravadores na Literatura, o mesmo não pode se falar no Direito. O jurista Victor Gameiro Drummond ensina que, enquanto nas artes o sujeito-criador não está sujeito, em regra, a qualquer concepção impeditiva, o mesmo não se aplica ao julgador, visto que suas decisões não permitem discricionariedade plena (DRUMMOND, 2016, p. 91). Ainda determina que:

Isso acontece porque o Direito não lhe permite liberdade total, e essa liberdade total, do ponto de vista do olhar do direito de autor, seria a discricionariedade plena no âmbito da construção judicial. (...) O juiz atua como o Estado e, dessa forma, na sua função como julgador, ele, em alguma medida, não é e nem pode ser ele mesmo (como sujeito-criador), pois se coubesse a ele ser ele mesmo (no que se beneficiaria como sujeito-criador, tendo total liberdade), ele acabaria por tomar emprestada essa condição da filosofia, tornando sujeito-criador o Estado e, ao mesmo tempo, estaria livre para criar, o que não é factível, pois, em sentido oposto, seria a própria justificativa para a discricionariedade plena! (DRUMMOND, 2016, p. 91-92)

Nesse caso, o problema surge quando há brechas ou construções jurídicas que permitem que o magistrado experimente ao seu bel prazer a criatividade sonhada e impedida em nome da pacificação dos conflitos sociais. Quando há uma grande demanda por soluções e uma norma em branco, sem uma taxatividade que vincule minimamente o juiz, há enormes chances de artifícios como o *Deus Ex Machina* ultrapassar as fronteiras da ficção e causar estragos no mundo real, como a analisada a seguir.

### **3 A SOLUÇÃO SURGIDA DA PENA: A GARANTIA À ORDEM PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Uma excelente candidata a *Deus Ex Machina* na legislação pátria é a famigerada “garantia à ordem pública” como um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, precisamente no artigo 312, caput, do diploma legal. Assim como o *plot device*, será possível notar que a medida cautelar aqui exposta é um artifício, apesar de legalmente previsto dentro do rol de possibilidades para os autores-magistrados, a sua utilização em demasia é no mínimo questionável dentro da lógica do enredo constitucional presente.

Antes de iniciar as discussões quanto ao dispositivo, cumpra-se salientar que a discussão ficará restrita ao cárcere antes do trânsito em julgado, ou seja, sem uma condenação definitiva proferida pelo Poder Judiciário. De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2014, a população carcerária nacional ultrapassou a marca de 622 mil encarcerados, com uma taxa de 306 para cada 100 mil habitantes, e um índice de 40% de presos provisórios, ou seja, que abarcam o presente artigo.

Também relevante apontar que a presunção de inocência é, antes de tudo, um dever de tratamento para com o cidadão, como em feliz síntese explicam os professores Gustavo Henrique Badaró e Aury Lopes Júnior em parecer recentemente publicado<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> “A partir da leitura do art. 9<sup>a</sup> da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, Jaime Vegas Torres explica que a Presunção de inocência é um ‘dever de tratamento’, isto é, um postulado que está diretamente relacionado ao dever dos órgãos estatais de ‘tratar’ o imputado como inocente até o trânsito em julgado (...). Assegurar ao investigado ou acusado, durante a persecução penal, um estado de inocente – ou de não culpável – significa que ele não pode ser equiparado ao condenado definitivo. Ao contrário,

Logo, conclui-se que tal encarceramento deve ser utilizada excepcionalmente, apesar de, na prática, não ser o caso.

Retomando, uma primeira constatação. Ao contrário de outras situações, como as prisões por “conveniência da instrução criminal” e a “aplicação da lei penal” que visam evitar respectivamente obstáculos ao processo e o perigo de fuga, nota-se uma estranha vagueza quanto ao conteúdo inserido na norma. Como um cidadão poderia ser considerado um risco à coletividade?

A atenta leitura da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 não responde à pergunta, que será esmiuçada ao longo do texto, mas aponta um norte para a vontade dos autores em permitir a prisão por meio da subjetividade dos magistrados. Com a palavra, o professor Francisco Campos, um dos responsáveis pelo diploma:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, *impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem*. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. *Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social*. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código (grifo nosso).

Observa-se que, entre os objetivos a serem alcançados pela nova legislação, está na efetivação de um instrumento jurídico visando a segurança pública, conforme exposto nos próprios grifos aqui elencados. Para desvendar um pouco sobre esse caráter da lei, o próprio *Codice Di Procedura Penale* da Itália fascista, concebido pelo então Ministro da

---

seu status é absolutamente igual ao de quem nunca foi investigado o processado. Assim, não se pode admitir contra ele, com efeito automático da imputação ou mesmo de decisões judiciais, uma prisão obrigatória, representando antecipação de juízo de culpa e execução antecipada de uma pena que, a despeito de provável, ainda não é certa” (Ver em: [http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)).

Justiça Alfredo Rocco em 1930 e explícita inspiração para os juristas brasileiros<sup>4</sup>, apresenta alguns elementos necessários para compreender a visão dos autores do Estado Novo.

De acordo com o jurista italiano Luigi Ferrajoli, a prisão preventiva com o advento do Código Rocco “entrou francamente em crise” com a sua utilização desenfreada, ao contrário do que o instituto historicamente define. Enquanto os diplomas anteriores previam o cárcere preventivo como exceção e mesmo o desencarceramento após um determinado prazo, e pensadores como Beccaria, Hobbes, Bentham, e Voltaire, entre outros, defenderam a limitação à medida, termos como “necessária para a defesa social” ou “grave clamor popular” possibilitaram a sua aberta legitimação no processo fascista (FERRAJOLI, 2014, p. 508-509). A crise seria graças à “funcionalização do indivíduo em relação ao Estado”, ou seja, a liberdade individual, princípio basilar no Estado democrático-liberal, seria, no Estado fascista, uma mera concessão subordinada ao interesse coletivo (FERRAJOLI, 2014, p. 582) Ainda afirma que:

A prisão preventiva assumia assim a fisionomia de uma verdadeira medida de prevenção contra os perigosos e suspeitos ou, pior, de uma execução provisória, ou antecipada, da pena. (...) O elemento mais dilacerante e aberrante foi indubitavelmente aquela invenção fascista da obrigatoriedade da prisão. É claro que o automatismo produzido pela obrigatoriedade resolve *ex lege* o problema dos critérios e portanto da função da prisão preventiva, implicando uma presunção legal absoluta de periculosidade, pouco importa se de tipo processual (perigo de fuga ou de deterioração de provas) ou penal (perigo de novos delitos futuros por parte do imputado em liberdade) (FERRAJOLI, 2014, p. 510).

Ora, percebe-se que a natureza da medida foge ao seu caráter instrumental, necessário como meio a proteger o próprio andar do processo, mas podendo prestar-se “a justificar um perigoso controle da vida social” (PACELLI, 2015, p. 556), conforme as

---

<sup>4</sup> “Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’”.

palavras do professor Eugênio Pacelli de Oliveira. O professor Gustavo Henrique Badaró é mais incisivo ao afirmar que “a expressão “ordem pública” é vaga e de conteúdo indeterminado.

A ausência de um referencial semântico seguro para a ‘garantia da ordem pública’ coloca em risco a liberdade individual” (BADARÓ, 2015, p. 977). A norma processual em branco combinada com a manifesta vontade do uso da instrução penal como meio estatal em resguardar a sociedade dos “delinquentes” permite criar uma ferramenta, assim como o *Deus Ex Machina*, autoritária, irrefutável e muitas vezes ilógica.

O magistrado, sempre pautado no artifício legal ainda expressamente previsto, acaba buscando justificativas para manter um determinado suspeito encarcerado, a despeito muitas vezes de suas condições pessoais ou mesmo das informações obtidas no processo até o momento da decisão. Pior, a própria abstração no texto legal autoriza uma verdadeira aleatoriedade de decisões, dando margem que a manutenção ou decretação do cárcere fique mediante a mera conveniência do juízo sem qualquer vinculação com aspectos trazidos pelas partes interessadas, inclusive o próprio Ministério Público.

A jurisprudência nesse sentido é criativa em criar situações com viés nessa lógica de antecipação da pena. Novamente, o professor Gustavo Badaró é muito feliz em sua síntese:

A jurisprudência tem se valido das mais diversas situações reconduzíveis à garantia da ordem pública: ‘comoção social’, ‘periculosidade do réu’, ‘perversão do crime’, ‘insensibilidade moral do acusado’, ‘credibilidade da justiça’, ‘clamor público’, ‘repercussão na mídia’, ‘preservação da integridade física do indiciado’... Tudo cabe na prisão para garantia da ordem pública.

(...)

Quando se prende para ‘garantir a ordem pública’, não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal (BADARÓ, 2015, p. 977-978).

Somente para fins exemplificativos, um assistido da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, primário e sem antecedentes criminais, teve a sua prisão preventiva decretada em junho de 2016. O crime era o disposto no artigo 14, caput, da Lei nº 10.826/03 (posse ou porte de arma ilegal de arma de fogo de uso permitido), cuja pena

máxima é de quatro anos de reclusão, fato que, objetivamente, impede a decretação da *ultima ratio*. Entretanto, tal fato não impediu que fosse decretada a prisão cautelar em primeira instância e, pior, confirmada no Tribunal de Justiça fluminense sob a justificativa que:

(...) a hipótese tratada nos autos (conduta do art. 14 da Lei nº 10826/03) requer cuidado, cautela na concessão de liberdade ao infrator, mormente nos tempos de violência que vivenciamos, com inúmeros cidadãos atingidos por “balas perdidas” e dezenas de policiais covardemente assassinados a tiros<sup>5</sup>.

Esse foi somente um entre milhares de Habeas Corpus impetrados diariamente nos Tribunais que discutem a legalidade de decisões similares por todo o país. Em recente pesquisa da Fundação Getúlio Vargas sobre o remédio constitucional nos Tribunais Superiores, o professor Thiago Bottino do Amaral (2016) descobriu dentro de sua investigação que o “tema” de maior discussão no Superior Tribunal de Justiça é justamente a prisão cautelar.

Com a exceção de São Paulo, com 15,82% em segundo lugar da “preferência”, as outras unidades da Federação de destaque apontam este como tema campeão 47,96% no TJ-MG, 20, 58% no TJ/RJ, 18,76% no TJ/RS e 31,25% no TJ/DF. Pasmem, o resultado mais comum nestes casos é “prejudicado”, ou seja, indicativo que o pedido formulado pela defesa não é mais cabível devido a mudanças fáticas no processo, como na transformação da medida cautelar em prisão após trânsito em julgado. No que tange o presente tema, o pesquisador constatou que:

Embora a prisão cautelar tenha requisitos definidos em lei (...) o uso de conceitos abertos no art. 312, caput do CPP (como garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), os quais dão margem para diferentes interpretações entre juízes de primeiro grau e tribunais de segunda instância e entre estes e os Tribunais Superiores (BOTTINO, 2016, p. 45)

---

<sup>5</sup> HABEAS CORPUS 0034809-55.2016.8.19.0000. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Desembargadora Relatora: Gizelda Leitão Teixeira. Julgado em 12/07/2016.

#### 4 UM GRAVE FURO DE ROTEIRO: A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIFÍCIO PROCESSUAL COM OS ROTEIROS CONSTITUCIONAL E DO PACTO DE SAN JOSÉ

Conforme exposto, a aplicação da “garantia à ordem pública” para manter presos uma quantidade infindável de suspeitos antes do trânsito em julgado dá margem para uma série de críticas da doutrina. Apesar de controvertida, a sua disposição no Código, um órfão do Estado Novo Vargasista, seria mais do que suficiente para o seu reiterado uso nas verdadeiras tragédias que são as ações penais.

Contudo, uma visão mais atenta do instituto permite elucidar outros entraves para o seu aproveitamento, e dessa vez potencialmente fatais: a inconstitucionalidade e a inconveniência desta modalidade de prisão preventiva diante à sua ausência de taxatividade.

O professor e Juiz de Direito de Santa Catarina Alexandre Morais da Rosa corrobora com este entendimento em seu livro *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. A prisão cautelar, em sua visão, somente teria possível para garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Justifica o jurista:

18.4.5.1. O fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável., afinal de contas, qual conduta criminalizada que não alterou a dita “ordem social”? Assim, o art. 312 do CPP utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ – como já dito;

18.4.4.4 – para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a *anemia semântica* do art. 312 do CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. De fato, àquele que conhece um pouquinho da estrutura linguística pode construir artificialmente tais pseudo requisitos, cuja *falsificação* – pressuposto -, diante da contenção será inverificável. (ROSA – p. 309-310)

Aury Lopes Júnior segue a mesma linha de raciocínio. Fora o fundamento de “restabelecimento da credibilidade das instituições” que não passa de “função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida, o mesmo argumenta que “a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros” ao decretar a medida baseando-se na prevenção à reiteração criminosa. “Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um

crime? ” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 619). Trata-se, portanto, de argumento irrefutável e arbitrário, uma solução para mover o processo a partir dos desígnios do juiz.

Verdade que a prisão cautelar sob o argumento do “risco de reiteração” é admitida no direito comparado, porém, afirma o jurista que há notáveis diferenças entre o caso brasileiro e outros além-mar. Por exemplo, *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Espanha) sofreu uma reforma em 2003 por imposição da Sentença do Tribunal Constitucional e suprimiu o “alarma social” e incorporou o “risco de reiteração delitiva” como causa da prisão cautelar. Ainda decidiu que o risco deveria ser concreto para evitar que a “prisão provisional respondesse a um fim punitivo ou de antecipação da pena” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 620).

O professor e ex-desembargador do Tribunal de Justiça fluminense Geraldo Prado também é muito feliz em sintetizar e enumerar as causas para a inaplicabilidade da garantia à ordem pública com base na Constituição brasileira. Afirma que:

(...) a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente *do que ela não é*: de não se tratar de *medida cautelar*. Esta prisão é inconstitucional também *pele o que ela é*: *medida de polícia judicial* que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade (PRADO, 2011, p. 142-143)

Fora das fronteiras brasileiras, um grande alento foi verificado na Corte Argentina, onde o eminente e jurista Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>6</sup> manifestou-se oportunamente sobre a questão da reincidência. No voto, o atual ministro da Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou-se sobre o afastamento do instituto, também previsto no ordenamento nacional, pela questão da periculosidade abstrata do agente, fato utilizado em terras de Vera Cruz para embasar o cárcere cautelar. Conforme o ministro:

Queda claro que la pena aplicada no guarda relación con la culpabilidad por el hecho, sino que se le reprocha además, su calidad de reiterante,

---

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Causa n° 6.457/09 - Caso Taboada Ortiz – julgado em 05/02/2013. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-taboada-ortiz-victor-inf-art-189-bis-portacion-arma-fuego-uso-civil-causa-6457-09-fa13000001-2013-02-05/123456789-100-0003-10ts-eupmocsollaf>

premisa que denota la aplicación de pautas vinculadas al derecho penal de autor y de peligrosidad. (...).

Que esta Corte tiene dicho: "que cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50... Deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de la persona que exceden el hecho y se enmarcan dentro del derecho penal de autor"

Além da esfera constitucional, também é possível em afastar o *Deus Ex Machina* pela própria jurisprudência da CIDH. Por óbvio, apesar da expressa previsão legal, ante aos precedentes da CIDH, não admite a usual e banalizada aplicação que se tem dado. Dois são os precedentes que serão expostos. O primeiro caso (USÓN RAMÍREZ vs. VENEZUELA) tratará da falta de taxatividade nas normas processuais penais. *In verbis*:

*Al respecto, esta Corte ha establecido que la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana<sup>7</sup> (Negrito nosso)*

Outro julgado relevante para ser pincelado é o FERMÍN RAMÍREZ vs. GUATEMALA. A constatação de maior periculosidade pela simples observação da Folha de Antecedentes Criminais, invocando o Direito Penal do Autor em detrimento do Direito Penal do Fato, é um dos grandes argumentos vistos na prática para decretar a *ultima ratio*. Tal entendimento não merece prosperar, visto que a prisão deve ser imposta excepcionalmente com base nas condições apresentadas pelo caso concreto, e não somente por infrações ou inquéritos passados. Eis o que a Corte Interamericana decidiu:

"En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Parágrafo 145. Disponível na íntegra em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf)

características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. (...)

96. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.”<sup>8</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Inequivocamente, a relação existente entre a Literatura e a Realidade vem sido objeto de debates desde a antiguidade clássica. Desde a Grécia antiga os teóricos já se ocupavam do assunto. Inicialmente considerava-se a Literatura como uma cópia da realidade, mas pouco a pouco foi-se percebendo que a arte em geral não oferece uma cópia fiel do real.

No presente ensaio, ora em vias de conclusão, os autores buscaram demonstrar que muitas vezes a realidade busca na arte um vislumbre de fundamento que lhe resgate ou justifique aspectos dos mais contraditórios, ainda quando soem como coerentes ou razoáveis, mesmo em relação às ferramentas legais.

Ao traçar um paralelo entre o Processo Penal e a Literatura, em especial, alguns artifícios utilizados tanto na literatura clássica quanto na tragédia, buscou-se alertar para os perigos inerentes a um artifício narrativo deveras arbitrário que se aproxima por deveras da figura paradigmática do *Deus Ex Machina*.

A questão que os autores suscitam está intimamente relacionada à necessidade de se rediscutir o afazer judicante no Processo Penal diante das possibilidades que se apresentam em razão da norma pena; processual em branco, que se adequa com a manifesta vontade do uso da instrução penal como meio estatal em resguardar a sociedade dos ditos “delinquentes” e que possibilita a criação eufemística do tudo em nome da “garantia da ordem pública” um instrumento, que salta da cartola mágica ou

---

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_126\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf)

dos bastidores como um *Deus Ex Machina*, autoritário, irrefutável e muitas vezes ilógico, na medida em que tais decisões possuem conteúdos vagos e indeterminados.

Tem-se por certo que Literatura não retrata a realidade, mas a representa. Os personagens que se encontra nas obras podem ser até parecidas com pessoas que se conhece, mas não são elas. As narrativas podem até revelar alguma proximidade com as experiências dos escritores, mas não são, no mais das vezes, frutos de sua vida. São, evidentemente, invenções fruto da imaginação criativa.

No entanto, há de alertar-se que o Poder Judiciário ao aplicar seu mister está lidando com pessoas, com vidas humanas, com histórias reais, com seres humanos que carecem ter suas dignidades respeitadas e garantidas, sob pena do comprometimento do bem mais precioso conquistado ao longo do tempo por nossa sociedade: o fato de se estar no num Estado Democrático de Direito.

#### REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão* – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

ARISTÓTELES. *Poética*. Coleção Os Pensadores – São Paulo: Editora Abril, 1984. p. 237-269

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. – 3ª Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR. Aury. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)

BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal/Decreto-Lei 3[.689/1941. In. *MiniCódigos: Penal*. 16ª ed. ver. Ampl. e atual. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DRUMMOND, Victor Gameiro. *Em Busca do “Juiz Plagiador”*: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

EURÍPEDES. *Medeia*; tradução de Trajano Vieira; comentário de Otto Maria Carpeaux – São Paulo. Editora 34, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*; 4ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury *Direito processual penal.*– 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Brasília, dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>

NIETZCHE, Friedrich. *O nascimento da tragédia, ou Helenismo e Pessimismo*; tradução, notas e posfácio J. Guinsburg. - São Paulo , Companhia das Letras, 1992

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis n" 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*, 19ª. Ed. Revista e atualizada, 2015.

PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória*. Comentários aos artigos 311-31 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. – 3ª ed. ver., atual e ampl. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. Kafka no processo e na colônia penal. Ainda. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org). *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade* – São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. O Direito e suas ficções. In: \_\_\_\_\_, *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade* – São Paulo: Atlas, 2013.