

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
CAMPUS SOUSA

MARIANA QUEIROGA CARTAXO

ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA CAUTELAR PREVENTIVA

SOUSA  
2014

MARIANA QUEIROGA CARTAXO

ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA CAUTELAR PREVENTIVA

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof José Alves Formiga.

SOUSA

2014

MARIANA QUEIROGA CARTAXO

ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA CAUTELAR PREVENTIVA

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof José Alves Formiga.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientador: Prof José Alves Formiga

---

Examinador 1

---

Examinador 2

A Deus.

Aos meus pais.

À minha família.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por estar sempre presente em minha vida, conduzindo meus passos.

Aos meus pais, Francisco e Fátima, base de toda minha educação e fonte inesgotável de amor e dedicação, que não mediram esforços para que eu chegasse até essa etapa da minha vida.

Aos meus irmãos, Aníbal, Ulisses e Yuri, pelo apoio e cuidado, me passando a certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

Á meu namorado, Vinicius, pelas demonstrações de amor, pelo incentivo, pela paciência e pelo apoio nos momentos mais difíceis.

Ao Professor José Alves Formiga, meu orientador, pela motivação e disposição de sempre e pelas intervenções precisas e esclarecedoras.

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

(Art. 1º Declaração Universal dos Direitos Humanos)

## RESUMO

A presente monografia objetiva um estudo sobre o ramo do Processo Penal no que concerne a Prisão Preventiva, onde será abordado em especial a garantia da ordem pública como fundamento para sua decretação, de modo que teremos como objeto inicial a análise da prisão processual cautelar e dos critérios a serem observados para decretação de tal prisão. O foco principal do presente estudo encontrará guarida em algumas das polêmicas que envolvem a insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, quais sejam, a falta de um conceito exato para a expressão “ordem pública”, dando a ela significados que fogem ao seu real objetivo e, os princípios constitucionais afrontados pelo uso indevido desse fundamento, como presunção de inocência e fundamentação das decisões judiciais. A técnica de pesquisa utilizada foi a interpretação analítica da legislação, bem como do posicionamento doutrinário e a análise jurídica de alguns julgados referentes a estas polêmicas, utilizando-se como método de abordagem o dedutivo. Através deste estudo será possível entender de que se trata a garantia da ordem pública, analisando os contornos que tem sido dados a esse fundamento, posto que tem servido para fundamentar prisões cautelares indevidamente.

**Palavras-chave:** Processo Penal; Prisão Preventiva; Ordem pública; Insuficiência; Princípios Constitucionais.

## ABSTRACT

This monograph aims at a study of the branch of Criminal Process regarding the Preventive Detention, which will be addressed in particular the guarantee of public order as a basis for their enactment, so that we as initial object the analysis of precautionary detention and procedural criteria to be observed for adjudication of such imprisonment. The main focus of this study will find a place in some of the controversies surrounding the insufficiency of ensuring public order as a basis for remand, namely, the lack of a precise concept for the expression “public order”, giving it meanings fleeing its real purpose and the constitutional principles affronted by misuse of that plea, as presumption of innocence and reasoning of judgments. The technique used was the analytical interpretation of the law and the doctrinal position and legal analysis of some judged concerning these controversies, using as a method of deductive approach. Through this study you can understand that it is the guarantee of public order, analyzing the shape that it has been given to this foundation, since it has served to justify precautionary arrests improperly.

**Keywords:** Criminal Process; Preventive Detention; Public Order; Insufficiency; Constitutional Principles.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 O PROCESSO PENAL E A PRISÃO PROCESSUAL CAUTELAR</b> .....	13
<b>2.1 O processo penal</b> .....	13
2.1.1 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL .....	16
2.1.1.1 Princípio do devido processo legal .....	17
2.1.1.2 Princípio da presunção de inocência .....	18
2.1.1.3 Princípio da ampla defesa .....	18
2.1.1.4 Princípio do contraditório .....	19
2.1.1.5 Princípio da verdade real .....	19
2.1.1.6 Princípio da oficialidade .....	20
2.1.1.7 Princípio da publicidade .....	20
2.1.1.8 Princípio do “ <i>favor rei</i> ” .....	21
2.1.1.9 Princípio da obrigatoriedade .....	21
2.2 A prisão processual cautelar .....	22
2.2.1 ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL CAUTELAR .....	23
2.2.1.1 Prisão em flagrante .....	23
2.2.1.2 Prisão decorrente de pronúncia .....	24
2.2.1.3 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível .....	24
2.2.1.4 Prisão temporária .....	25
2.2.1.5 Prisão preventiva .....	26
<b>3 A PRISÃO PREVENTIVA E O FUNDAMENTO ORDEM PÚBLICA</b> .....	27
<b>3.1 Conceituação da prisão preventiva</b> .....	27
<b>3.2 Requisitos para decretação da prisão preventiva</b> .....	29
3.2.1 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA .....	30
3.2.2 A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA .....	32
3.2.3 A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL .....	32
3.2.4 A GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL .....	33
<b>4 DAS POLÊMICAS ATUAIS ACERCA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA</b> .....	34
<b>4.1 Sobre a interpretação e a aplicação da expressão “ordem pública”</b> .....	35
<b>4.2 Sobre os princípios constitucionais afrontados</b> .....	39

4.2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	40
4.2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	41
4.2.3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	42
<b>4.3 Posições jurisprudenciais pátrias .....</b>	<b>43</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva é um assunto que vem se propagando diante das mais diversas classes sociais e tem gerado divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Por se tratar de um tema polêmico, desperta interesse de estudiosos, juristas e admiradores do Direito, uma vez que, possui interpretação ampla e flexível, onde não se tem um conceito exato do que significa a expressão “ordem pública”. Tema de poucas fontes bibliográficas e não menos palpitante que qualquer outra temática de vasta fonte de pesquisa.

Dentro do contexto histórico, o Direito Processual Penal se mostra presente desde os primeiros registros que se tem notícia pelo mundo. Desde o período Romano, em que demonstra certa atuação nos conflitos gerados à época, como também se mostra atuante dentro da sociedade contemporânea.

Assim como outros ramos jurídicos, o Direito Processual Penal contempla inúmeros assuntos, que se equivalem universalmente, posto que, devido ao aumento da população e a evolução dentro das sociedades, o índice de criminalidade tem se mostrado cada vez mais significativo. Com o aumento do índice da criminalidade, outros males sociais vêm surgindo.

E, devido a esse aumento absurdo que assola o país, eis que surge a temática central deste trabalho monográfico, sobre a prisão preventiva baseada no pressuposto da garantia da ordem pública.

De todo modo, percebe-se que tal fundamento vem sendo usado indiscriminadamente, principalmente em casos de grande repercussão nacional. Posto isso, surge a necessidade de realizar um estudo pertinente ao tema, afim de esclarecer até que ponto a garantia da ordem pública pode ser usada como fundamento sem que afronte princípios constitucionais. Inicialmente, constata-se que o Direito Processual Penal admite o encarceramento do indiciado antes do final do processo, através da prisão processual cautelar, desde que seja devidamente fundamentada por hipóteses estritamente previstas em lei.

Cumpré ainda informar que muitos são os dispositivos legais que tratam da prisão preventiva, cada dispositivo voltado para sua habilitação, mas fazendo a prisão preventiva, como forma de prevenir atos lesivos a sociedade, bem como assegurar a integridade física do acusado.

O presente estudo tem o condão de avaliar, dentro do assunto da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, a aplicação de princípios assegurados pela CF/88, como a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana e a fundamentação das decisões judiciais.

Busca-se também, proceder à pesquisa jurisprudencial e doutrinária sobre o entendimento que os Tribunais Pátrios exprimem, a fim de avaliar a aplicação de tal requisito no Brasil.

A pesquisa não tem por objetivo esgotar os assuntos aqui tratados nem mesmo oferecer soluções concretas capazes de por fim a celeuma que os envolve. Tem por foco suscitar o debate expondo a complexidade inerente ao estudo.

A partir das teorias e leis que envolvem o tema, o método dedutivo foi o utilizado, sendo este o mais adequado para o alcance que se pretende. A interpretação legislativa acerca da prisão preventiva, em especial no que envolve a garantia da ordem pública, serão os elementos constantes capazes de demonstrar o que se busca no estudo.

Para tanto, o primeiro capítulo deste trabalho monográfico envolverá as considerações iniciais quanto ao Processo Penal e em especial a prisão processual cautelar. Sobre esta, teceremos comentários sobre alguns aspectos gerais como conceito e espécies de prisão processual cautelar, abordando uma visão geral sobre a prisão preventiva.

Já o capítulo seguinte será responsável por algumas minúcias da própria prisão preventiva, tratando-se do seu conceito, fundamentação legal e os requisitos para sua decretação, em especial, o fundamento garantia da ordem pública, abrindo as portas para as polêmicas acerca do tema.

O terceiro e último capítulo desta monografia, abordará o objetivo principal deste estudo. Trataremos das polêmicas atuais que envolvem o uso do fundamento garantia da ordem pública na decretação da prisão preventiva, abordando divergências doutrinárias e decisões jurisprudenciais sobre o tema.

Finalmente, vale destacar que o tema abordado nesse estudo, é de grande relevância tanto para a comunidade acadêmica quanto para a sociedade, uma vez que, trata de um instituto do Direito Processual Penal muito utilizado atualmente, mas que ainda possui problemáticas e é alvo de muitas críticas.

## **2 O PROCESSO PENAL E A PRISÃO PROCESSUAL CAUTELAR**

Este capítulo tem por objetivo discorrer sobre o Processo Penal brasileiro, no que se refere aos seus aspectos gerais e principiológicos, e, principalmente sobre as formas de prisão cautelar, em virtude de ser esta regulada pelo Código de Processo Penal, e por se tratar do gênero da qual a prisão preventiva, objeto deste estudo, é espécie.

### **2.1 O processo penal**

A história das civilizações tem nos mostrado que com o passar do tempo os povos foram se desenvolvendo, surgindo a necessidade de se estabelecer normas de condutas para que a sociedade pudesse conviver pacificamente. Com o surgimento das normas de condutas, fez-se necessário a criação de normas punitivas para serem aplicadas aos infratores de tais normas.

Ao longo do tempo, essas normas foram sendo modificadas de acordo com a necessidade e o desenvolvimento da sociedade, e foram sendo efetivadas.

É sabido que todo crime possui uma lei que o defina, como também toda pena é previamente determinada pela lei, assim, o Estado tem o direito-dever de punir o responsável por cometer infração penal, isso, desde que de acordo com a legislação material.

O Direito Processual Penal é o conjunto de normas responsável por regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir, ou seja, são normas que fixam os limites do poder punitivo do Estado, com a finalidade de evitar que sejam cometidos abusos.

Assim, o Direito Processual Penal é uma disciplina autônoma, uma vez que possui objeto e princípios próprios, de caráter instrumental, que tem como finalidade a aplicação do direito penal através do processo penal.

Na lição de Tereza Nascimento Rocha Dóro (1999, p. 13) tem-se como conceito de processo penal a seguinte expressão:

“Processo penal é o conjunto de atos sucessivos e previstos em lei, que tem como objetivo apurar um fato aparentemente delituoso, determinar sua autoria e compor a lide (aplicar a lei ao caso concreto). A forma como devem se desenvolver e também a maneira como as partes podem e devem atuar, além de todas as regras referentes ao caminho a ser trilhado para se chegar a uma decisão, estão previstas no Código de Processo Penal e, hoje, em leis esparsas.”

Ainda quanto ao seu conceito, Rogério Lauria Tucci (2009, p. 32-33) define o processo penal como:

“Um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, preordenados à solução de um conflito de interesses de alta relevância social. A regulamentação desses atos, integrantes do procedimento em que ele se materializa, encontra-se estabelecida nas leis processuais penais, aliás, com muita propriedade.”

A idéia essencial do Processo Penal é dar aos indivíduos e suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma infração penal, a lei será aplicada ao caso concreto, não permitindo assim que o infrator fique impune. Mas, ao mesmo tempo, o Processo Penal, permite que o acusado utilize os meios de defesa necessários, desde que sejam lícitos, na busca para garantir sua liberdade.

Neste diapasão, percebe-se que o Processo Penal é regido pelo Código de Processo Penal no que se refere aos procedimentos que devem ser adotados e a maneira como se deve conduzir o processo, mas como todos os outros ramos do direito, é regido, principalmente, pela Constituição Federal de 1988, no que tange os direitos e garantias fundamentais.

Fato, é que algumas disposições previstas no Código de Processo Penal, usando-se do pretexto de mais eficaz combate à criminalidade, são incompatíveis com garantias trazidas pela Constituição Federal de 1988, gerando críticas da doutrina e da sociedade.

Existem três sistemas regentes do processo penal: inquisitivo; acusatório; misto.

Neste sentido, Távora e Antonni (2009, p.34) em sua obra, assim conceituam o sistema inquisitivo:

“É o que concentra em figura única (juiz) as funções de acusar, defender e julgar. Não há contraditório ou ampla defesa. O procedimento é escrito e sigiloso. O julgador inicia de ofício a persecução, colhe as provas e profere decisão. O réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos.”

O sistema inquisitivo é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, assumindo as três funções do processo, acusar, defender e julgar, cabendo também ao julgador, investigar e colher as provas, o que hoje ocorre fora do processo, e é função da polícia judiciária.

Já o sistema acusatório, ainda na lição de Távora e Antonni (2009, p. 34), tem como características fundamentais:

“Separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado.”

O sistema acusatório separa as funções de acusar, defender e julgar, cabendo ao juiz apenas julgar, e às partes, autor e réu, as funções de defesa e acusação, assim, o réu deixa de ser visto apenas como objeto do processo e passa a ser visto como sujeito de direitos.

O sistema misto, embora não oficialmente, é o adotado no Brasil. É resultado da união das virtudes dos dois sistemas anteriores, dividindo o processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com as características do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com as características do sistema acusatório (NUCCI, 2011).

Insta-se acrescentar que, como no processo civil, o processo penal também adota uma cautelaridade específica, tendo como propósito garantir a eficácia do processo principal. Essas medidas cautelares podem ser medidas alternativas à prisão, como também formas de prisão processual cautelar.

### 2.1.1 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

Existem várias acepções para a palavra princípio, sendo relevante conhecer o seu significado perante o Direito.

Nas palavras de Guilherme Nucci (2011, p. 82), “princípio jurídico quer dizer um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir.”

O Processo Penal, como outras áreas do Direito, ergue-se em torno de princípios, que, algumas vezes, superam a própria literalidade da lei. Tais princípios podem resultar da Constituição Federal de 1988 ou mesmo do Direito Processual Penal, grande parte previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, não devendo ser violados, sob pena de nulidade absoluta do processo.

Devido a esta importância atribuída aos princípios, sendo os mesmos anteriores a todo preceito legal, é que se diz que eles são uma base ao processo penal, cuja obediência deve possuir a similitude de norma legal.

Segundo Antônio Alberto Machado (2012, p. 60), “é possível distinguir, do ponto de vista de seus efeitos e de sua normatividade, dois tipos de princípios: os princípios fundantes e os princípios-regra.”

Ainda na lição de Antônio Alberto Machado (2012, p. 60), a importância de ambos os princípios foi perfeitamente identificada nos seguintes termos:

“Os princípios fundantes têm uma enorme carga ética e são superiores e anteriores ao próprio ordenamento jurídico processual, com traços evidentes do jusnaturalismo. A normatividade desses princípios tende para o absoluto, pois a não observância deles, invariavelmente, resulta na nulidade absoluta dos processos ou até mesmo na ilegitimidade de todo o sistema processual. Já os princípios-regra são aqueles que complementam o devido processo legal e, ao contrário dos princípios fundantes, não fundamentam o sistema processual, mas resultam desse sistema, isto é, são posteriores ao ordenamento jurídico e resultam do direito posto. O princípio-regra é, portanto, uma espécie de “regra-geral” ou “diretriz normativa” que ressuma do ordenamento jurídico positivo.”

Nesse raciocínio, os princípios fundantes são a base do sistema processual e erguem-se em torno do devido processo legal, já os princípios-regra, resultam do

sistema processual, não servindo como fundamento, mas sim como complemento do devido processo legal.

São muitos os princípios que norteiam todo o sistema processual penal, todos contribuindo para a efetividade do processo, sendo eles: princípio do devido processo legal; princípio do contraditório; princípio da ampla defesa; princípio do juiz natural; princípio da fundamentação; princípio da presunção de inocência; princípio da justa causa; princípio da publicidade; princípio da oficialidade; princípio da obrigatoriedade; princípio da oralidade; princípio da livre valoração da prova; princípio da verdade real; princípio da identidade física do juiz natural; princípio da proporcionalidade; princípio da economia processual; princípio da isonomia processual; princípio do “favor rei” e princípio da não autoincriminação.

Devido a grande quantidade de princípios, a doutrina elenca os principais, comentando e conceituando cada um deles, o que ajuda em seu entendimento.

#### 2.1.1.1 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é o princípio base de todo o sistema processual penal. Nesse sentido, Antônio Alberto Machado (2012, p. 60-61) explana:

“O devido processo legal é uma espécie de princípio-síntese, ou princípio-matriz, que dá fundamento a todo o sistema processual penal. Com elevado teor axiológico, ele se desdobra em vários outros princípios – contraditório, ampla defesa, fundamentação, juiz natural, presunção de inocência, justa causa e processo acusatório -, atuando como norma fundante de todo o edifício processual.”

Tal princípio, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV, é responsável por assegurar o direito à liberdade do indivíduo, garantindo que ninguém seja privado de sua liberdade e de seus bens sem que haja um processo desenvolvido de acordo com as normas estabelecidas na lei.

Devido a esta importância, esse princípio se desdobra em vários outros, buscando garantir a efetividade do processo penal, e a sua não observância resulta na nulidade absoluta do processo.

### 2.1.1.2 Princípio da presunção de inocência

Um dos princípios que permeiam a seara do Processo Penal é o da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, fazendo prevalecer o estado de inocência do indivíduo até que seja comprovada sua culpa.

Este princípio encontra-se previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, e, de acordo com as palavras de Guilherme Nucci (2011, p. 84-85) “significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado”.

Seguindo esse raciocínio, entende-se que até o resultado final do processo o acusado não pode ser considerado culpado, devendo ser preservada sua liberdade até que seja comprovada sua culpa.

### 2.1.1.3 Princípio da ampla defesa

Seguindo a linha de proteção ao direito a liberdade, a ampla defesa traz para o réu uma vasta possibilidade de provar o seu estado de inocência, em juízo, desde que todos os recursos utilizados sejam lícitos.

Encontra-se, este princípio, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

“O direito de ampla defesa corresponde a uma garantia constitucional conferida ao réu para que este possa se valer, sem qualquer espécie de embaraço, de todos aqueles mecanismos processuais indispensáveis à salvaguarda de seus direitos. Isto é, a possibilidade de produzir todo tipo de prova, de fazer quaisquer alegações que sejam, de interpor todos os recursos cabíveis e, enfim, de demonstrar a pertinência de suas pretensões no processo.” (ANTÔNIO ALBERTO MACHADO, 2012, p. 63-64)

É a maneira de compensar a hipossuficiência do réu em relação ao Estado, uma vez que este atua por órgãos constituídos e preparados, com acesso a informações e dados restritos.

#### 2.1.1.4 Princípio do contraditório

Outro princípio importante é o do contraditório, trazendo para o acusado a possibilidade de se manifestar sobre as alegações produzidas pela parte contrária, assim como de contrariar as provas juntadas. Pelos ensinamentos de Antônio Alberto Machado (2012, p. 62):

“O princípio do contraditório é indispensável à própria ideia de processo e se estrutura pelo mecanismo da “informação e reação”, mecanismo esse que garante ao réu o direito de ser informado de todos os atos do processo, bem como a possibilidade de reagir a eles, utilizando todos os meios legais necessários à defesa de seus interesses.”

Este princípio tem a finalidade de manter o equilíbrio entre o direito de punir do Estado e o direito à liberdade do réu e encontra-se previsto no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna Federal.

#### 2.1.1.5 Princípio da verdade real

Em comentário a este princípio, toma-se por empréstimo mais uma vez as palavras de Antônio Alberto Machado (2012, p. 76):

“O princípio da verdade real significa que o processo-crime deve buscar sempre a verdade substantiva dos fatos e não pode se satisfazer simplesmente com a verdade formal, ou com presunções de verdade, como acontece às vezes no processo civil em caso de ausência de contestação e onde estão em jogo direitos disponíveis.”

Trata-se, pois, de um princípio próprio do processo penal, que busca o julgamento mais justo possível, procurando a verdade dos fatos, não baseando-se apenas em meras presunções, uma vez que, o que está em jogo é a liberdade do indivíduo.

Nesse caso, deve-se analisar com bastante cuidado os argumentos e as provas produzidas pelas partes, não cabendo ao juiz, mas sim, ao Ministério Público, a busca da verdade real.

#### 2.1.1.6 Princípio da oficialidade

O princípio da oficialidade trata-se da indisponibilidade do processo penal, garantindo que a investigação criminal e o processo, em regra, sejam exercitados apenas pelos órgãos estatais, estes, dotados do poder-dever de punir.

Encontra-se, este princípio, previsto no art. 129, inciso I, e art. 144, §1º, inciso I, e §4º, da Constituição Federal, que estabelecem as atribuições do Ministério Público para propor ação penal pública, e as atribuições da polícia federal e polícia civil para apurar infrações penais através do inquérito policial.

Vale ressaltar que, esse princípio é uma regra geral que contém exceções, o que acontece quando é permitida a acusação feita pelo particular em se tratando de crimes de ação privada, e na ação penal pública, quando o órgão responsável não apresentar denúncia e não promover o arquivamento do inquérito no prazo legal.

#### 2.1.1.7 Princípio da publicidade

A Constituição Federal busca assegurar a transparência dos atos processuais, visando garantir um controle da atividade judiciária por parte da população.

Assim, o princípio da publicidade, que tem sua fundamentação legal no art. 5º, inciso LX e art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, como também no art. 792 do Código de Processo Penal, tem como finalidade garantir que os atos processuais

sejam públicos, permitindo que a população tenha acesso à audiências, sessões, aos autos do processo, enfim, aos atos processuais em geral.

O princípio da publicidade admite exceções, permitindo que alguns atos processuais ou até mesmo processos sejam realizados sigilosamente para garantir o bom andamento do processo e a defesa da intimidade, como ocorre nos casos de crime contra a dignidade sexual.

#### 2.1.1.8 Princípio do “*favor rei*”

O princípio do “*favor rei*” segue a linha de raciocínio presente no princípio da presunção de inocência que visa à defesa da liberdade do acusado, assim, havendo dúvida, decide-se em favor do acusado.

Segundo Antônio Alberto Machado (2012, p. 85):

“O princípio do favor rei funciona como importante regra hermenêutica destinada a proteger a liberdade do acusado, uma vez que é exatamente esse direito, a liberdade individual, aquele que está em jogo no processo-crime. Como o acusado é, por assim dizer, a parte frágil perante o aparato repressivo do Estado, nada mais natural que as normas de processo sejam aplicadas de modo mais favorável à sua pretensão de liberdade do que à pretensão punitiva estatal; daí por que esse princípio é também chamado de favor libertatis.”

Nesse sentido, quando existir interpretações diferentes, deve-se escolher a que mais beneficie o acusado, prevalecendo o seu direito de liberdade, por se tratar da parte hipossuficiente da relação processual.

#### 2.1.1.9 Princípio da obrigatoriedade

Segundo o princípio da obrigatoriedade, os órgãos estatais não apresentam poderes discricionários para decidir sobre a instauração do inquérito ou processo, não podendo deixar de instaurar por motivo de conveniência ou oportunidade.

Assim, nos crimes de ação penal pública, a autoridade policial está obrigada a instaurar o inquérito policial e o Ministério Público a promover a ação penal.

## **2.2 A prisão processual cautelar**

A prisão encontra fundamento no art. 5º, inciso LXI, da CF/88, em regra, decorrendo de flagrante delito, ou devendo partir de decisão de magistrado competente, escrita e devidamente motivada.

Primeiramente, faz-se necessário conceituar prisão para que se tenha um melhor entendimento do tema abordado, e nesse sentido, Guilherme Nucci (2011, p. 575) resume com perfeição o conceito quando diz que “é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

Em sendo assim, prisão processual cautelar é o encarceramento antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que declare a culpa do acusado. Por se tratar de privação de liberdade sem que haja condenação, é um dos problemas mais dramáticos do processo penal. É ilusão achar que a prisão serve para ressocialização do criminoso, serve tão somente para punir.

A prisão cautelar é decretada no curso do inquérito policial ou do processo quando se visa garantir a paz social, desde que presentes os requisitos *fumus boni juris* e *periculum in mora*. É necessário que exista ameaça a segurança da sociedade, uma vez que é inconstitucional a prisão cautelar com caráter de antecipação de pena.

Com brilhantismo, Edilson Mongenout Bonfim (2009, p. 398) discorre sobre a prisão cautelar da seguinte forma:

“As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em cautelaridade social, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso, e cautelaridade processual, que garante o normal iter procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida.”

A Lei nº 12.403/2011 trouxe inovações no tocante às prisões cautelares, principalmente quanto à possibilidade de medidas alternativas. O legislador procurou indicar ao juiz os parâmetros gerais que devem guiá-lo na escolha da medida cautelar cabível. Primeiramente, deve decidir pela aplicação ou não da prisão cautelar. Não sendo cabível, mas sim desnecessária ou inadequada na hipótese, pode escolher a medida alternativa cabível, desde que esta se mostre necessária.

Enfim, as modificações trazidas pela referida lei foram significativas, com o objetivo de oferecer à prisão cautelar, alternativas mais adequadas ao caso concreto e que sirvam de instrumento para atender os princípios e direitos fundamentais expressos e implícitos na Constituição Federal de 1988.

## 2.2.1 ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL CAUTELAR

### 2.2.1.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante encontra-se diretamente prevista no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal.

Trata-se de uma modalidade de prisão que possui natureza administrativa e ao mesmo tempo possui aspecto de cautelar, uma vez que visa preservar o interesse punitivo do Estado, como também o interesse do ofendido.

Nesse sentido, Antônio Alberto Machado (2012, p. 615-616) afirma:

“A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão provisória que, embora exibindo natureza administrativa, tem caráter nitidamente cautelar, porquanto busca preservar alguns interesses tanto do Estado, relacionados ao jus puniendi; quanto do indivíduo – especialmente da vítima ou ofendido. De fato, a prisão em flagrante tanto obsta a ação criminosa que está ainda em curso – no caso do flagrante próprio – e com isso acautela o direito do sujeito passivo atingido pela conduta criminosa do agente, quanto restringe a liberdade do autor do delito possibilitando a realização da prova e a preservação do corpus delicti, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal.”

Essa espécie de prisão cautelar apresenta natureza administrativa pelo fato de o auto de prisão em flagrante ser formalizado pela Polícia Judiciária, sendo necessário que o juiz, ao tomar conhecimento de tal prisão, decida por relaxá-la ou mantê-la, não podendo durar todo o processo. Nesse caso, será observado se existem requisitos da prisão preventiva, presentes estes, a prisão em flagrante será convertida em preventiva.

Por fim, faz-se necessário ressaltar que existem três espécies de flagrante, o próprio, o impróprio e o presumido, como dispõe o art. 302 do CPP.

O flagrante próprio acontece no momento em que o agente está praticando ou acaba de praticar a infração penal. O flagrante impróprio ocorre quando o agente é perseguido após praticar o delito, de modo que presume-se ser ele o autor do mesmo. O flagrante presumido acontece logo depois do crime, quando o agente é encontrado com objetos que presumam ser ele o autor do delito.

#### 2.2.1.2 Prisão decorrente de pronúncia

A prisão decorrente de pronúncia, pela nova redação dada ao art. 413, §3º, do CPP (com o advento da Lei nº 11.689/2008), é considerada uma exceção, devendo o magistrado decidir pela revogação, substituição ou manutenção da prisão, nesse caso, justificando de acordo com a prisão preventiva.

Assim, para a decretação dessa espécie de prisão, é necessário que estejam presentes os requisitos que autorizem a preventiva, passando a ter caráter de prisão preventiva.

#### 2.2.1.3 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

O dispositivo que tratava da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível foi revogado pela Lei nº 11.719/2008, assumindo esta, caráter de prisão preventiva, de acordo com o art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

#### 2.2.1.4 Prisão temporária

A prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/89, é uma espécie de prisão cautelar cabível na fase do inquérito policial, antes mesmo do início da ação penal, tendo como finalidade assegurar uma eficaz investigação policial, se tratando de apuração de infração penal de natureza grave.

Tal espécie de prisão cautelar não pode ser decretada de ofício pela autoridade judiciária, necessitando de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

A prisão temporária possui prazo preestabelecido, que, em regra, é de cinco dias, podendo ser prorrogado por mais cinco, desde que comprovada a necessidade. No caso de crimes hediondos e equiparados, o prazo é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta. Decorrido o prazo, o acusado deverá ser posto em liberdade imediatamente, salvo se houver necessidade de manutenção da prisão, assim será decretada a prisão preventiva.

Para a decretação da prisão temporária, torna-se necessário a interpretação, em conjunto, do art.1º, incisos I, II e III, da Lei nº 7.960/89. Eis o que diz este dispositivo:

“Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;  
II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado como art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º-10-1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21-10-1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16-6-1986).”

Tendo em vista não banalizar a decretação da temporária, se faz necessário associar os três incisos acima mencionados, uma vez que não seria viável decretar a prisão para qualquer delito, até mesmo os de menor potencial ofensivo, ou ainda, decretar apenas porque o agente não possui residência fixa ou não é corretamente identificado.

#### 2.2.1.5 Prisão preventiva

A prisão preventiva, objeto desse estudo, será abordada de forma mais ampla no próximo capítulo.

Trata-se de uma espécie de prisão cautelar, prevista nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

É decretada em favor dos interesses sociais de segurança e subordina-se ao *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Não basta, para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria, é necessário um fator de risco que justifique a efetividade da medida.

Como as outras modalidades de prisão cautelar, a prisão preventiva tem a finalidade de garantir o regular andamento do processo, sendo uma medida de caráter excepcional, devendo ser devidamente motivada.

### **3 A PRISÃO PREVENTIVA E O FUNDAMENTO ORDEM PÚBLICA**

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXI, preceitua que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Com isso entende-se que a livre locomoção do indivíduo é garantia fundamental, sendo assim, não pode ser cerceado, sem que haja um motivo justo.

Como já foi dito anteriormente, o direito processual penal admite a necessidade do encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do final do processo. Isto acontece quando devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, demonstrando o risco de que a permanência em liberdade do agente é um mal que deve ser evitado, surgindo assim a prisão processual cautelar.

Assim, a prisão preventiva, como espécie de prisão processual cautelar que é, encontra-se devidamente prevista no Código de Processo Penal, que delimita seus requisitos e procedimentos, de modo que, faz-se mister a partir de agora, neste capítulo, que os aspectos dessa prisão passem a ser destrinchados.

#### **3.1 Conceituação da prisão preventiva**

A prisão preventiva é um instituto do Direito Processual Penal que tem sido muito utilizado em nosso ordenamento jurídico. Trata-se de uma medida cautelar, a qual priva o direito de liberdade do indiciado ou réu, por fundamentos de necessidade, mas estes, respeitando os requisitos estabelecidos na legislação vigente.

Seguindo essa linha de raciocínio, a mesma pode ser decretada tanto durante o inquérito policial como no andamento do processo penal, devendo ser decretada como ultimo ratio, no entanto, é uma exceção, e não regra, como se tem usado corriqueiramente no judiciário nacional.

Um dos principais direitos fundamentais previstos no art. 5º da nossa Carta Magna é o direito a liberdade, o direito de ir e vir, o qual é retirado dos cidadãos

(acusados), por formas e motivos diversos, autorizados em nossa legislação a qual segue os preceitos legais. Um desses motivos é quando imposta a cautelar preventiva.

Para melhor definir prisão preventiva, toma-se por empréstimo as palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 627):

“Prisão preventiva é aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.”

A cautelar preventiva pode ser decretada pelo juiz (de ofício), depois de iniciado o processo, ou requerida a este, pelo Ministério Público, sucessores que vão intervir na ação pública, como assistente do MP e pela autoridade policial tanto no processo penal, como na fase de investigação policial.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, tornou-se possível de ser requerida também pela vítima do crime (querelante), através do constituído, o qual figura-se como assistente da acusação. Desse modo, o ofendido passou a influir mais no andamento do processo penal, realçando assim o anseio de justiça pela sociedade.

Cumprir destacar que, a cautelar aqui citada necessita de pressupostos para o seu legal cumprimento, os quais são: *fumus commissi delicti*, que significa “fumaça da prática de um crime”, onde predomina os indícios de autoria de quem cometeu a infração penal, juntamente com a prova da materialidade, diz respeito à prova em que ou em quem foi cometido ação típica penal; e, *periculum libertates*, que significa “perigo de liberdade”, é a probabilidade a qual o acusado tem de evadir-se do distrito da culpa, frustrando o angariamento e produção de provas, atrasando e dificultando o bom andamento processual, assim como, o perigo que o acusado oferece a sociedade estando em liberdade.

Devido à necessidade de se evitar a banalização da prisão preventiva, o Código de Processo Penal especifica, em seu art. 313, as circunstâncias legitimadoras, ou seja, os casos que admitem tal prisão. Eis o que dispõe este dispositivo:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do Caput do art. 64 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – 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;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

Este dispositivo tem a finalidade de evitar que seja recolhido ao cárcere, agente de delito culposo, cuja periculosidade é mínima para a sociedade e com sanções de menos proporção, assim como também admite a preventiva, caso o acusado seja reincidente em crime doloso, com sentença transitada em julgado, dentro do prazo de cinco anos, e ainda nos casos de violência familiar e doméstica contra vítimas consideradas frágeis.

Quanto ao período de duração da preventiva, não há prazo exato estipulado, desta forma, estende-se no tempo enquanto houver necessidade, mas, de acordo com o art. 8º da Lei nº 9.034/95, que menciona que o tempo razoável para a instrução processual trata-se de 81 dias, configurado o excesso do prazo, a prisão passa a ser ilegal, podendo ser relaxada. Caso venha a desaparecer os requisitos pelos os quais foi decretada a cautelar, deve a mesma ser revogada de acordo com o art. 316, do CPP.

### **3.2 Requisitos para decretação da prisão preventiva**

A prisão preventiva encontra-se expressamente prevista no Capítulo III, arts 311 à 316, do Código de Processo Penal, tendo suas hipóteses autorizadoras especificadas no art.312, do CPP:

“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.  
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

Logo, para a decretação da prisão preventiva é necessário que sejam preenchidos três requisitos, a saber: materialidade do crime, indício suficiente de autoria e uma das situações descritas no art. 312 do CPP.

A materialidade trata-se da prova de existência do crime, é a certeza de que houve um crime, uma vez que, não é possível determinar prisão de uma pessoa sem que haja certeza da existência de infração penal.

O indício suficiente de autoria é bem conceituado nas palavras de Guilherme Nucci (2011, p. 608):

“O indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento.”

Nesse sentido, busca-se evitar que uma pessoa inocente tenha sua prisão preventiva decretada, necessitando que para isso ela apresente boas razões para ser considerada o agente do crime.

Por último, os requisitos elencados no art. 312 do CPP, que são: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

### 3.2.1 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A garantia da ordem pública é o pressuposto mais polêmico. Devido a falta de um conceito exato do significado da expressão “ordem pública”, acaba gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de seu significado. Nas palavras de Guilherme Nucci (2011, p. 608), “a garantia da ordem pública é a hipótese de

interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva”.

Dessa maneira, pode-se constatar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm muita dificuldade para identificar, com a segurança necessária, as situações que realmente significam ameaça à ordem pública.

Segundo Guilherme Nucci (2011, p. 608), na busca de um conceito para “ordem pública”:

“Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.”

Com a ausência de um real significado para tal expressão, surgiram alguns argumentos com o objetivo de suprir as lacunas deixadas pelo legislador, ou seja, alguns fatores que têm servido como critério para justificar o encarceramento provisório de criminosos com base em tal requisito, são esses, à gravidade do fato, à periculosidade do agente, à violência contra a pessoa da vítima e o clamor público gerado pelo crime. É necessário ressaltar que, apenas um desses fatores, isoladamente considerado, não é suficiente para caracterizar a situação de ameaça à ordem pública.

Nesta seara, o STF já decidiu que “A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva” (RT, 549/417).

A decretação da prisão preventiva com base nesse fundamento, tem como objetivo evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social, porém, para que a prisão cautelar se faça necessária, é preciso que se comprove o risco de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, não podendo esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória em liberdade.

O magistrado, ao decretar a prisão preventiva, obriga-se a contextualizar a prisão e seu fundamento, verificando todos os pontos de afetação da ordem pública.

### 3.2.2 A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

A garantia da ordem econômica trata-se de uma espécie do gênero garantia da ordem pública. Nesse caso, a prisão preventiva é decretada como forma de impedir que o agente, causador de sério abalo à situação econômico financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, mantenha-se livre, passando à sociedade um sentimento de impunidade.

Sobre este fundamento, Guilherme Nucci (2011, p. 610), quanto à necessidade de se garantir o combate a criminalidade invisível, na maioria das vezes, com envolvimento de empresários e administradores de valores do setor público, aduz:

“Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o estuprador, igualmente tem apresentado temores em relação ao criminoso do colarinho branco.”

O fato é que, o desfalque em uma instituição financeira, muitas vezes gera maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples roubo contra um indivíduo qualquer. Assim, o dano causado nos crimes contra a ordem econômico-financeira, causam na população, um sentimento de revolta e necessidade de justiça, abalando, com isso, a credibilidade da Justiça.

### 3.2.3 A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A conveniência da instrução criminal é o fundamento de caráter instrumental, que tem como objetivo garantir o devido processo legal, evitando que o réu atrapalhe nas investigações, dificultando a colheita de provas, perturbando testemunhas ou até mesmo destruindo vestígios do crime.

Em relação a isto, Eugenio Pacelli (2004, p. 518) discorre da seguinte forma:

“Por conveniência da instrução criminal há de entender-se a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.”

Esta idéia, então, refere-se à preocupação com a instrução criminal, uma vez que ela é a base de todo o processo, e no caso de perturbação por parte do réu, pode prejudicar a busca da verdade real, comprometendo assim, o resultado final do processo.

#### 3.2.4 A GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Este fundamento segue a linha de raciocínio presente no fundamento conveniência da instrução criminal, visando garantir a efetividade do processo, possuindo também caráter instrumental.

Nas palavras de Eugenio Pacelli (2004, p. 435) “a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória”.

A garantia da aplicação da lei penal tem a finalidade de garantir que o processo penal atinja o seu propósito, ou seja, que a lei seja aplicada ao caso concreto, assegurando ao Estado o exercício do seu poder punitivo.

#### **4 DAS POLÊMICAS ATUAIS ACERCA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

A “ordem pública”, nos tempos atuais, é sem dúvida, a hipótese autorizadora da preventiva que mais requer cuidados, possuindo a interpretação mais vasta e flexível na visão de estudiosos das ciências jurídicas. Não há divergências que ordem pública está relacionada à ordem social, mas de que maneira aplicar? Quando um indivíduo realmente representa perigo social (reiteração criminosa)? Até onde o clamor público interfere na imposição da cautelar preventiva?.

Diante da doutrina predominante, delito grave, são os delitos que envolvem violência e grave ameaça, cumulado com a má repercussão que se gera no meio social onde o delito foi cometido, deixando na sociedade um sentimento de intranquilidade e insegurança. Presentes estas circunstâncias, somando-se ao acusado ser reincidente e de maus antecedentes, encontra-se a ordem pública afetada e em risco.

É parte da história legislativa brasileira, em especial quando se trata das formas de privação de liberdade do indivíduo, que estas sofram diversas críticas justamente por trazer a incógnita quanto à sua constitucionalidade.

Assim foi, e continua sendo nos dias de hoje, quando se fala da Prisão Preventiva como forma de garantir a ordem pública, prevista no Código de Processo Penal, em seu art. 312.

Para tanto, este capítulo tem por objetivo trazer para discussão alguns dos pontos que ainda desafiam o legislador e, principalmente, os aplicadores do Direito, que volta e meia vêm-se diante de situações complexas referentes ao uso de tal fundamento. Observando neste ponto que, os princípios norteadores dispostos na Carta Maior, em especial a presunção de inocência, e fundamentação das decisões judiciais, serão a chave para o entendimento do tema proposto.

#### **4.1 Sobre a interpretação e a aplicação da expressão “ordem pública”**

Com a criação da Lei nº 12.403/2011, e posterior análise a aplicação da mesma, é notório que pouco se evoluiu, a ponto de chegar a se falar em retrocesso do sistema processual penal, no entanto, muitos consideram que a Lei nº 4.208/2001 com sua redação originalmente apresentada era muito mais completa e taxativa, não deixando o subjetivismo tomar de conta do mundo imaginário de alguns julgadores.

Transportando os autos dos processos criminais ao mundo atual e real, deixando de lado, assim, o imaginário e a ficção, o requisito ordem pública deveria ser utilizado exatamente como manda nosso ordenamento jurídico, tratando o cárcere como medida excepcional.

Hoje, a prisão encontra-se banalizada e, constantemente, garantias constitucionais são afrontadas, onde os próprios magistrados desrespeitam o judiciário, fundando suas decisões em meros sentimentos pessoais.

O conceito da expressão “ordem pública” é um tema bastante polêmico justamente por não se ter um significado exato desta expressão, abrindo espaço para diversas interpretações e gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim, o ponto controvertido existente, outrora levantado, é inerente as várias interpretações dadas a essa expressão, deixando a critério do julgador a interpretação, resultando, muitas vezes, no uso indevido da garantia da ordem pública como forma de fundamentar a preventiva.

Nesse sentido, para decretação da prisão preventiva deve haver uma explícita e rigorosa fundamentação, não podendo, o magistrado ou tribunal, fundamentar a cautelar abstratamente, em fatos ilusórios alheios a realidade social, na repercussão negativa do crime junto à coletividade e na defesa do interesse social, nem tão pouco alegar necessidade de resguardar o meio social, sem atinar fatos concretos que realmente venha desabonar a paz social.

É sabido que a ordem pública está diretamente relacionada com a paz social e a tranquilidade na sociedade, que, em regra, é afetada com a prática de um crime, não bastando isso para tirar de nenhum cidadão de maneira arbitrária sua liberdade ou outras garantias constitucionais. Caso demonstre-se que um indivíduo, no convívio social, está adepto a criminalidade e demonstra reiteração em tais ações, aqui sim, se faz necessário o cárcere, com respaldo no afrontamento da ordem

pública, não podendo neste caso esperar pelo trânsito em julgado de uma possível sentença condenatória.

Com isso, posto que a ordem pública tem a finalidade de resguardar a paz social, a garantia da ordem pública é vista por alguns doutrinadores como fundamento que foge ao objetivo principal da prisão cautelar, que é garantir a efetividade do processo.

Nesse diapasão, o renomado Tourino Filho (2003, p. 509-510) atesta os descasos e afrontamentos de leis superiores submissas a meros pensamentos de alguns magistrados assim descritos:

“(...) perigosidade do réu, os espalhafatos da mídia, reiteradas divulgações pelo rádio e televisão, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se aquela expressão genérica “ordem pública”. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.

(...)

Quando se decreta a prisão preventiva como “garantia da ordem”, o encarceramento provisório não tem menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem pública” diz tudo e não diz nada.”

Antônio Alberto Machado (2012, p. 585), em consonância com o entendimento anterior, comenta:

“Portanto, a finalidade da prisão cautelar não seria a de neutralizar as consequências e repercussões do crime, garantindo a ordem pública.

(...)

De modo que essa hipótese de decretação da prisão cautelar é mesmo muito controvertida, de um lado porque o seu conceito é notoriamente vago, prestando-se a um uso perigosamente alargado das custódias provisórias; de outro, porque o objetivo da prisão preventiva não é realizar a prevenção geral ou especial da violência ou criminalidade. Este último objetivo, na verdade, é uma das finalidades do processo principal.”

Já o jurista Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 547), de forma bem mais ponderada e divergente das anteriores, entende que a “garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social +

periculosidade do agente”, sendo assim, suficiente para privar a liberdade do indivíduo.

Dessa forma, fatores como “gravidade do delito”, “clamor público”, “repercussão do crime” e “garantia da integridade física do réu”, são utilizados no sentido de garantir a ordem pública, fazendo com que esse fundamento transforme a prisão preventiva em uma resposta imediata ao crime, dando margem a arbitrariedades e gerando uma grande insegurança jurídica.

De fato, este fundamento mostra-se totalmente contrário a finalidade da prisão cautelar, uma vez que preza pelo meio social e não pelo processo.

Faz-se necessário ressaltar que, não se pode decretar a preventiva pelo simples fato de indícios de autoria e prova da materialidade, nem tão pouco pelos fatores acima aludidos, considerados isoladamente, usando desta maneira, meios irrealis e imorais para privar pessoas de sua liberdade.

Neste sentido, VARALDA (2007, p. 167) explana:

“O magistrado deve orientar-se por critérios objetivos consubstanciados na análise da realidade social para incidir a “gravidade do ato” e, por consequência, a “periculosidade do agente”, dentro das exigências de ordem pública. Por certo, não se trata de hipótese de prisão preventiva obrigatória, aplicada automaticamente ao acusado de uma infração penal grave, com a dispensa de necessidade de demonstração da medida. Pelo contrário, torna-se imperioso o exame da conveniência e oportunidade do decreto preventivo pelo magistrado às pessoas envolvidas com a prática de graves delitos. O juiz, no caso em concreto, em face da gravidade do crime, deve analisar a periculosidade do agente sustentada pela presunção *iuris tantum* (relativa).”.

Diante disto, para a decretação da cautelar preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, é crucial comprovar no caso concreto, os elementos que apontam a necessidade de prisão dos acusados, não sendo suficiente a gravidade do delito isoladamente.

Outro ponto que há muito tempo é motivo de discussão é a prisão preventiva fundamentada no “clamor público” e “repercussão do crime”. É sabido que, muitas vezes a ordem pública é confundida com a repercussão dada pela mídia ao crime, gerando na sociedade a sede de justiça e o clamor público.

Segundo, DELMANTO JÚNIOR (1998, p. 161):

“Difícil é a tarefa do magistrado em distinguir se a revolta da sociedade é decorrência do choque que o crime causou no meio social, por si só, ou se a mencionada vingança do inconsciente popular é consequência da exploração e da distorção dos fatos pela mídia. Como visto, muitas vezes não é o crime, em tese cometido, que gera a chamada “vigorosa reação social”, mas sim a desmedida dramatização e até mesmo a alteração da versão dos fatos pela imprensa, ressaltando-se, ainda, que a opinião “publicada” pode não se identificar com a opinião pública, como lembra Alessandro Baratta.”

O clamor público trata-se da revolta da sociedade em consequência do impacto que um crime gerou no meio social.

Em geral, esse impacto é causado pela imprensa sensacionalista, que implanta na sociedade a sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, o que muitas vezes acaba por pressionar os julgadores a decidir pela decretação da prisão preventiva baseada no fundamento da garantia da ordem pública, por vezes, desnecessariamente. Tem-se por consolidado que a repercussão do crime e o clamor social isolados não são hipóteses autorizadoras da cautelar preventiva.

A verdade é que não é dever do processo penal garantir a paz social, trata-se de um problema de segurança pública, que deve ser resolvido por meio de políticas públicas com a finalidade de promover a paz social, e não com o encarceramento do acusado, fundamentado na periculosidade do agente ou por presumir que ele, se solto permanecer, voltará a delinquir.

A garantia da integridade física do acusado também trata-se de um problema de segurança pública. A liberdade é um direito fundamental, não podendo ser cerceado sob o fundamento de que o indivíduo estaria mais seguro na custódia do estado do que em liberdade.

A prisão preventiva vista como medida excepcional que busca garantir o bom andamento do processo atinge sua finalidade de prisão cautelar, mas, quando analisada com a garantia da ordem pública – tendo seu conceito relacionado com gravidade do delito, periculosidade do agente, possibilidade de reiteração criminosa – perde totalmente seu caráter de prisão cautelar, passando a ser uma nítida antecipação de pena.

Logo, a prisão preventiva quando fundamentada na “ordem pública”, ao contrário do que vem acontecendo, não deveria levar em conta o clamor público, a

gravidade do crime, a integridade física do réu, a repercussão social, nem tão pouco visar garantir a credibilidade do judiciário, já que isso resulta em uma prisão que tem como único intuito dar uma satisfação a sociedade, deixando em segundo plano o Código de Processo Penal, os princípios constitucionais, e direitos fundamentais, como a liberdade.

A “ordem pública” deve-se fundamentar na periculosidade do agente e em sua reiteração criminosa, assim o objetivo de garantir a ordem pública estaria sendo preenchido de maneira coerente. Desta feita, o verdadeiro intuito da cautelar preventiva estaria sendo resguardado, que seria evitar que o agente voltasse a delinquir no decorrer da persecução criminal, garantindo também a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Fato, é que a garantia da ordem pública torna-se insuficiente para fundamentar a prisão preventiva quando utiliza-se de contornos que dão a esta medida caráter de antecipação de pena, fugindo da finalidade da prisão preventiva, que como medida cautelar que é, visa garantir o regular andamento do processo. Assim, tem-se privado a liberdade de muitas pessoas desnecessariamente, fundamentando a prisão em fatos não autorizadores de preventiva, procurando os julgadores formas de manter o acusado preso quando não se existe dispositivo legal e inerente.

## **4.2 Sobre os princípios constitucionais afrontados**

Outro tema de grande discussão é o relativo aos princípios constitucionais afrontados pela prisão preventiva quando fundamentada na garantia da ordem pública sem a necessária observância aos dispositivos legais.

O Código de Processo Penal, no que se refere a prisão cautelar, deve ser interpretado e aplicado em consonância com os direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988.

Acontece que, devido as diversas interpretações, muitas vezes, é dado a expressão “ordem pública”, contornos que afrontam princípios basilares da Constituição Federal, como dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e fundamentação das decisões judiciais.

Dessa forma, a prisão preventiva decretada sem a devida observância dos preceitos legais torna-se inconstitucional, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, já que causa ao acusado a desmoralização, ferindo o seu sentimento de dignidade, como também afronta o princípio da presunção de inocência, no sentido de que, a liberdade é regra, só sendo privada em casos estritamente previstos na lei e devidamente motivados e o princípio da fundamentação das decisões judiciais, uma vez que, comumente esse fundamento é utilizado relacionado a conceitos subjetivos, ficando a decisão a critério da mera opinião do juiz, não encontrando uma fundamentação que sustente essa prisão.

#### 4.2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência é um dos princípios mais importantes previstos pela Constituição, encontrando-se também previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, garantindo ao acusado todos os meios necessários a sua defesa.

É sabido que a liberdade é garantia fundamental prevista na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso LVII, preceitua “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Também como meio de garantir a liberdade, ainda a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Seguindo esse raciocínio, entende-se que a liberdade é um direito do acusado até que seja considerado culpado por sentença penal condenatória trânsito em julgado, assegurando também o devido processo legal.

Visto isso, percebe-se de pronto que a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, afronta diretamente o princípio da presunção de inocência, de modo que este fundamento priva a liberdade do indivíduo antes do final do processo, baseando-se em conceitos subjetivos, e no juízo de valor do julgador.

Na lição de Delmanto Júnior (2001, p. 179):

“(...) não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos, baseia-se, sobretudo, dupla presunção de culpabilidade: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado. (...)”

Trata-se, pois, a liberdade do indivíduo de um bem jurídico indisponível, não podendo ser cerceado sem que haja um motivo justo.

Em relação a isto, Marco Aurélio Leite Silva comenta:

"A prisão cautelar deve ser sempre entendida como um fenômeno excepcional, somente admitido ante requisitos rigorosamente comprovados e, assim, capazes de excepcionar a regra constitucional da presunção de inocência. A segregação de alguém no cárcere tem legitimidade, de ordinário, apenas diante de condenação penal transitada em julgado; quaisquer outras formas de aprisionamento constituem licenças perigosíssimas de que se serve o Poder Público no interesse da coletividade. Basta um milímetro aquém desse rigor para que a prisão seja ilegal."

Neste sentido, a prisão cautelar pode ser aceita sem que viole o princípio da presunção de inocência, desde que excepcionalmente, e rigorosamente preenchidos os requisitos que comprovem a necessidade da medida.

#### 4.2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, sendo este, o principal e mais abrangente princípio constitucional.

É justamente no liame presente entre o conceito de dignidade humana e liberdade, que encontra-se a base para um entendimento plausível de que a prisão preventiva decretada em face da garantia da ordem pública, sem a necessária fundamentação e observância a lei, atinge diretamente o sentimento de dignidade do indivíduo.

A este respeito vale a citação das palavras de Barroso (2003, p. 335), conceituando que:

“A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais.”

A dignidade humana é valor moral atinente ao indivíduo, garantindo o seu respeito diante da sociedade, com isso, a privação de liberdade, acarreta a sua desmoralização. Tendo em vista essa preocupação com o sentimento de dignidade perante a sociedade, a prisão preventiva deve estar fundamentada em fatos concretos, não sendo suficiente as interpretações subjetivas dadas a garantia da ordem pública.

Com isso, o encarceramento do cidadão, sem que seja observado a necessidade, adequação e proporcionalidade da aplicação da medida cautelar no caso concreto, não encontra amparo constitucional, pois a inobservância dos requisitos pode causar ofensa grave a dignidade da pessoa humana.

#### 4.2.3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O princípio da fundamentação das decisões judiciais insculpido no inciso LXI, do artigo 5º, como também no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, é elemento indispensável para o entendimento real do quão é insuficiente a garantia da ordem pública servindo de hipótese para a prisão preventiva, sem a devida fundamentação necessária.

Como já dito anteriormente, a garantia da ordem pública trata-se de um fundamento subjetivo, uma vez que não se tem um conceito exato acerca do significado da expressão “ordem pública”. Sabe-se que visa garantir a paz no meio social, mas para isso utiliza-se de expressões vagas de significado, buscando preencher as lacunas deixadas pelo legislador ao usar tal expressão sem elencar as hipóteses caracterizadoras de ordem pública.

Em razão disso, muitas vezes a garantia da ordem pública afronta diretamente esse princípio constitucional, uma vez que, grande parte das decisões judiciais que se utilizam desse fundamento não se baseiam em elementos concretos, muitas vezes empregando interpretações que fogem da sua finalidade.

Insta-se acrescentar que cabe ao julgador interpretar a expressão “ordem pública”, o que acaba abrindo espaço para arbitrariedades, com decisões fundadas em mera opinião pessoal do julgador, ao contrário do que busca o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, Hélio Tornaghi (1997, p. 619) explica:

“Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade, o fato de o Juiz dizer apenas ‘considerando-se que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...’ ou então ‘as provas dos autos relevam que a prisão é conveniente para a instrução criminal...’ Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão.”

Desse modo, pode-se concluir que o legislador não se preocupou com o princípio da fundamentação das decisões judiciais, abrindo espaço para que esse fundamento seja usado indiscriminadamente, com decisões baseadas em fatos ilusórios, tornando-se a garantia da ordem pública uma direta afronta a este princípio.

### **4.3 Posições jurisprudenciais pátrias**

De fato, o tema que trata sobre o uso da ordem pública como fundamento da prisão preventiva se mostra cada vez mais debatido, posto que envolve uma das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, o direito à liberdade.

Como já explanado anteriormente, não há um conceito exato de ordem pública, uma vez que, o legislador, ao tratar dessa hipótese de decretação de prisão preventiva, deixou a cargo do julgador a interpretação da norma de acordo com o caso concreto. Com isso, a jurisprudência dos tribunais tem apontado vários conceitos e entendimentos acerca do assunto.

Neste momento, vale o estudo de algumas decisões jurisprudenciais proferidas pelas cortes brasileiras que coadunam com os entendimentos acima apontados, destacando que, a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública deve ser uma medida excepcional, devidamente fundamentada, baseando-se em motivações concretas, como abaixo transcrito:

[...] O decreto da prisão cautelar há que se fundamentar em fatos concretos. Precedentes. 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 para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal. Habeas corpus parcialmente conhecido, e nessa parte, concedida a ordem. (HC nº 100.012, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 15.12.2009, publicado no DJ em 26.2.2010)

[...] A prisão cautelar só pode ser imposta e evidenciada, com explícita fundamentação, sua rigorosa necessidade. Na espécie, tanto o juízo de primeira instância quanto o Tribunal Estadual fundamentaram suas decisões, abstratamente, na repercussão negativa do crime junto à comunidade local e na defesa do interesse social, para garantir a ordem pública, sem apresentar fatos concretos ensejadores da custódia da custódia preventiva. “A existência de indícios de autoria e prova da materialidade e gravidade da prática supostamente criminosa, bem como a simples menção à alegada necessidade de resguarda o meio social, não constituem motivação idônea para o indeferimento da liberdade provisória (HC nº99029/RS, DJ de 2/06/2008, rel. Ministra Jane Silva). Precedentes. Ordem concedida para assegurar ao paciente a liberdade provisória (Habeas Corpus nº104.008-BA, STJ, 6ª Turma, Rel. min. Og Fernandes, julgado em 2.9.2008, publicado no DJ em 22.9.2008)

**Ementa: HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. 'FUMUS COMMISSI DELICTI' E 'PERICULUM LIBERTATIS' EVIDENCIADOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA QUE IMPÕE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR DO PACIENTE.** Presentes o '\fumus commissi delicti\' e o '\periculum libertatis\'', consubstanciado este na necessidade de coibir-se a reiteração da prática delitiva, cabível a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP. Outrossim, as condições pessoais do paciente, reincidente, revelam objetivo risco à reiteração da prática de ilícitos penais, inviabilizando a aplicação de medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP. Estando a decisão do Magistrado a quo devidamente fundamentada, em conformidade com o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, não há falar em nulidade. **ANÁLISE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE PARA HOMOLOGAÇÃO E CONVERSÃO, 'EX OFFICIO', PELO MAGISTRADO, EM PRISÃO PREVENTIVA QUE SE MOSTRA POSSÍVEL.** O art. 310 do CPP, com sua redação cogente, impõe ao magistrado que, fundamentadamente, delibere em

um dos sentidos previstos na norma. Por isso mesmo, na hipótese de prisão em flagrante, quando o juiz está impelido a tomar uma daquelas providências de forma imediata, é certo que a legislação, então, não veda a conversão ex officio da prisão em flagrante em preventiva - ao contrário, determina-a se presentes os seus requisitos -, já que a demora na análise, ou mesmo a remessa dos autos ao Ministério Público para manifestação, aí sim causariam constrangimento ilegal. Hipótese diversa, porém, é aquela em que o juiz, no curso da investigação, decreta 'sponte propria' a prisão preventiva, isto sem ser provocado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. É nesta situação que encontra aplicação a previsão dos artigos 282, § 2º, e 311 do CPP, ao possibilitar a decretação da prisão preventiva, de ofício, apenas durante a ação penal. De tudo, então, conclui-se que a prisão preventiva só pode ser determinada 'ex officio', pelo magistrado, na hipótese de análise da prisão em flagrante, quando, então, poderá convertê-la em preventiva com supedâneo no art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal. **EXCESSO DE PRAZO SUPERADO PELO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO E PROLAÇÃO DA SENTENÇA. SÚMULA Nº 52 DO STJ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.** Encerrada a instrução processual, com a prolação de sentença condenatória, não há falar em excesso de prazo, conforme o disposto na Súmula 52 do STJ: "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo". **POSSIBILIDADE DE REMOÇÃO IMEDIATA DO PACIENTE PARA O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA FIXADO NO ATO SENTENCIAL.** Fixado no ato sentencial o regime inicial de cumprimento de pena como o aberto, possível a imediata remoção do paciente a esse regime, se por outro motivo não estiver preso. **ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.** (Habeas Corpus Nº 70056820160, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 24/10/2013).

**Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULUM LIBERTATIS NÃO VERIFICADO.**

1. Paciente foi preso em flagrante pela prática, em tese, dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico. A impetrante, após historiar os fatos, sustenta a nulidade do despacho que homologou a prisão do paciente, pois carente de fundamentação, e daquele que negou pedido de relaxamento, pois não analisou os documentos juntados pela defesa dando conta de que o estado de saúde do paciente é grave. A impetrante alega não estarem presentes os requisitos do art. 312 do CPP, apontando a excepcionalidade da prisão cautelar e invocando a presunção de inocência. Entende que inexistem elementos nos autos que apontem que a liberdade do paciente representa risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, sustentando a impossibilidade de se presumir a fuga ou a manipulação da prova, mesmo em delitos graves. Nesse contexto, afirma que a ordem pública não está em risco, pois o paciente é usuário de maconha há mais de dez anos. Diz ser medida odiosa o cumprimento antecipado da pena. Refere que o paciente é primário, possui residência fixa e está em tratamento médico

decorrente de sério acidente sofrido, que lhe afetou a coluna e a perna, tendo passado por 36 cirurgias, resultando em enxertos na perna, osteomielite, estando atualmente com pinos no local. Junta fotos e atestados médicos a fim de comprovar a necessidade do acompanhamento médico. Menciona que sequer houve denúncia contra o paciente, tendo a autoridade apontada coatora fundamentado o decreto preventivo também na impossibilidade de concessão de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei de Drogas, previsão que entende ser inconstitucional. Refere que o paciente comprovou a origem lícita do dinheiro apreendido, dizendo inexistir proporcionalidade na medida a ele aplicada. 2. Circunstâncias concretas do caso em apreço e características pessoais do paciente indicam a ausência de periculum libertatis a necessitar a manutenção da segregação cautelar. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70055607410, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 07/08/2013).

**Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULUM LIBERTATIS NÃO VERIFICADO.**

1. Paciente presa em flagrante pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas. Impetrante alega que a paciente possui condições pessoais favoráveis à liberdade e que possui dois filhos dependentes. Indica que o Juízo que homologou a prisão em flagrante não era o competente para tanto e que não está provada a materialidade do crime. Afirma que foi apreendida somente uma "bucha" de pó branco, com características de cocaína. Defende não ter sido o decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado e não estarem presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP, não havendo indicativo do periculum libertatis. Refere não poder a prisão preventiva se constituir em antecipação de pena, devendo ser prestigiada a presunção de inocência. Entende possível a aplicação de medidas alternativas à prisão 2. Circunstâncias concretas do caso em apreço e características pessoais da paciente indicam a ausência de periculum libertatis em sua conduta a necessitar a manutenção da segregação cautelar. 3. Existência de constrangimento ilegal. ORDEM CONCEDIDA, POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70054600390, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 05/06/2013).

**HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 288, 312 E 313 DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUFICIÊNCIA DA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. CORRÉUS EM IDÊNTICA SITUAÇÃO. EXTENSÃO, DE OFÍCIO (ART. 580 C/C O ART. 654, § 2º, DO CPP).** 1. As medidas tomadas inicialmente, em especial aquelas que determinaram a prisão e o afastamento dos envolvidos dos cargos até então ocupados, impedem, na prática, a continuidade no cometimento dos delitos que deram causa à prisão da paciente e, conseqüentemente, à agressão à ordem pública. 2. A prisão cautelar deve ser imposta somente como ultima ratio, sendo

ilegal a sua aplicação quando suficiente, para garantir a ordem pública, a aplicação de medida cautelar alternativa. 3. Concessão da ordem que deve ser estendida aos corréus que, na mesma decisão e sob os mesmos fundamentos, tiveram a prisão preventiva decretada apenas para garantia da ordem pública. 4. Ordem concedida para revogar a prisão da paciente, impondo-lhe, porém, as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, em seu art. 319, I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pela autoridade coatora, para informar e justificar atividades), II (proibição de acesso ou frequência a qualquer órgão da administração municipal do município de Vitória do Xingu), III (proibição de manter qualquer tipo de contato, direto ou por meio de terceiros, com os atuais e os ex-integrantes da administração municipal, com os demais denunciados, bem assim com as testemunhas arroladas no inquérito, podendo, se for o caso, fazer-se uso da monitoração eletrônica para aferir o cumprimento dessas determinações) e VI (afastamento do cargo público ocupado na Prefeitura municipal de Vitória do Xingu/PA). Extensão dos efeitos da concessão, de ofício, inclusive quanto à imposição das medidas cautelares, em relação aos corréus Aldir Nazário de Carvalho, Paulo Cesar de Miranda, Benedito da Silva e Ivo Krombauer. (STJ - HC: 246188 PA 2012/0125714-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 27/08/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2013).

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO. CONDIÇÕES PESSOAIS. FAVORABILIDADE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. RECURSO PROVIDO.** 1. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6.º, do CPP. 2. Embora a custódia esteja justificada na garantia da ordem pública, mostra-se necessária, devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas em relação ao paciente, dadas as circunstâncias do delito e as condições pessoais favoráveis do recorrente, com apenas 21 anos ao tempo do delito, primário, sem registro de envolvimento em delitos anteriores e que não integra organização criminosa. 3. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem. 4. Recurso ordinário em habeas corpus provido para revogar a custódia preventiva do recorrente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal. (STJ - RHC: 38459 SP 2013/0185056-4, Relator:

Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 03/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2013)

**RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA BASEADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO E EM MERAS CONJECTURAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL QUE NÃO SE MOSTRAM AMEAÇADAS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. 1.** Caracteriza constrangimento ilegal a negativa do direito de responder ao processo em liberdade amparada tão-somente na gravidade genérica do crime em tese cometido, indicadora da suposta periculosidade do agente e ainda em possíveis ameaças às testemunhas, se dissociadas de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar. 2. Tratando-se de tentativa de homicídio qualificado em que não se infere qualquer excepcionalidade ou particularidade no modus operandi do paciente a autorizar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias no sentido da sua periculosidade ou temibilidade, já que sua participação cingiu-se, ao que parece, ao empréstimo da arma de fogo ao corréu, quem efetivamente efetuou o disparo contra a vítima, indevida a manutenção de sua custódia cautelar, dada a ausência das hipóteses autorizadoras da segregação preventiva. 2. Recurso provido para conceder a ordem, assegurando ao recorrente o benefício da liberdade provisória, sob termo de comparecimento a todos os atos do processo, com a consequente expedição do alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. (STJ - RHC: 24382 MS 2008/0186564-5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 21/05/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2009).

É possível detectar que, as decisões expressas acima, vinculam-se diretamente a necessidade de fundamentações concretas para o uso da garantia da ordem pública na decretação da preventiva, posto que a ausência de justos motivos implica-se em desrespeito aos princípios constitucionais assegurados e apresenta-se como evidente antecipação de pena.

Contemporaneamente, a aplicação do fundamento da garantia da ordem pública se mostra como tema bastante discutido, visto que o índice de criminalidade aumenta a cada dia, e com isso aumenta a utilização da prisão preventiva como meio de prevenir possíveis incidentes.

Destarte tudo o exposto, concorda-se que muitas vezes esse fundamento é insuficiente, sendo utilizado de forma indevida, mas que, nos casos em que houver

necessidade, seu uso é imprescindível, devidamente motivado, respeitando os limites estabelecidos pela lei, não fugindo do seu real sentido, muito menos afrontando princípios constitucionais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade é um direito fundamental assegurado na Constituição Federal como parte dos direitos inerentes à condição humana. Como todo direito fundamental, a livre locomoção do indivíduo deve ser preservada, podendo ser restringida apenas em casos expressamente previstos em lei, obedecendo sempre os limites fixados pela própria lei.

A Constituição Federal ainda garantiu que ninguém será privado de sua liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, proporcionando ao indivíduo o direito ao devido processo legal.

O Direito Processual Penal, admite a necessidade de privação de liberdade do acusado antes do final do processo, desde que fundamentada em hipóteses estritamente fixadas pela lei, demonstrando que o encarceramento é indispensável para a efetividade do processo, surgindo assim a Prisão Processual Cautelar.

Durante este estudo, localizamos a Prisão Cautelar dentro do campo do Processo Penal, atribuindo o caráter de medida cautelar excepcional, com a finalidade de garantir o regular andamento do processo.

Através da prisão cautelar, entra em cena a Prisão Preventiva, que fundamentada na garantia da ordem pública, é objeto principal deste estudo, sendo este fundamento o responsável por inúmeras controvérsias jurídicas.

Adentrando no estudo da prisão preventiva, conclui-se que sua decretação é vinculada aos interesses sociais de segurança, sendo imprescindível para fundamentar a necessidade da medida um fator que coloque em risco a paz social ou o correto andamento do processo, tendo em vista o caráter excepcional de medida cautelar.

Nesta seara, através de uma noção inicial, percebe-se o quanto o fundamento da garantia da ordem pública é subjetivo, gerando várias interpretações, sendo esta a porta de entrada para o estudo desenvolvido no último capítulo.

Em sendo assim, no último capítulo foi visto inicialmente a questão que envolve a interpretação e aplicação da expressão “ordem pública”, onde constata-se que o legislador foi omissivo ao utilizar tal expressão sem elencar as hipóteses caracterizadoras de ordem pública, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência esta tarefa.

Corroborando com este entendimento, viu-se que com o intuito de suprir essa lacuna deixada pelo legislador, algumas expressões são utilizadas no sentido de caracterizar ameaça à ordem pública, servindo como fundamento no decreto da prisão preventiva. Muitas vezes, essas expressões são insuficientes e fogem do sentido de medida cautelar, de modo que a análise do fundamento fica a critério do julgador, abrindo espaço para arbitrariedades e prisões indevidas.

O segundo tema vislumbrado referiu-se aos princípios constitucionais violados pela prisão preventiva quando fundamentada na garantia da ordem pública, sendo eles, o princípio da presunção de inocência, o princípio da fundamentação das decisões judiciais, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

A crítica referente ao tema fez-se inicialmente através do entendimento de que a liberdade é um direito fundamental que só poderá ser cerceado após sentença penal condenatória. A partir de então, depreende-se que o acusado é presumidamente inocente até que seja considerado culpado, de modo que o encarceramento antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sem a devida motivação fere diretamente a dignidade da pessoa humana, ceifando o direito a liberdade indevidamente.

Sendo este o entendimento, buscamos a análise de algumas jurisprudências envolvendo o tema, visualizando-se o entendimento dos Tribunais nacionais.

Com tudo o exposto neste trabalho monográfico, entende-se que o mero conceito de “ordem pública” é insuficiente para fundamentar a prisão cautelar, devido a falta de elementos objetivos, gerando diversas interpretações e permitindo que decisões sejam baseadas em mera opinião dos julgadores, o que acaba por afrontar a alguns dos princípios fundamentais da Constituição Federal

Em conclusão, por tudo o averiguado no presente estudo, envolvendo a prisão preventiva, o fundamento ordem pública e as celeumas abordadas – quanto ao significado da expressão ordem pública e aos princípios constitucionais afrontados – entende-se que a garantia da ordem pública, quando não devidamente fundamentada, tem sido usada para fundamentar prisões cautelares indevidamente. A utilização desse fundamento, sem a devida observância dos princípios constitucionais nada mais é do que nítida antecipação da pena, perdendo o caráter de medida cautelar.

O que se tenta mostrar é que o Poder Judiciário não pode fechar os olhos diante dos diversos princípios constitucionais afrontados, quando frustra-se a

liberdade de um indivíduo fundamentando-se em conceitos vagos e opinião particular do julgador, os quais são tratados como “ordem pública”. É indiscutível que a liberdade do indivíduo é regra, devendo esta ser privada apenas como medida de natureza excepcional, e não da forma banal como vem sendo utilizada pelo judiciário nacional.

## REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOZOLA, Túlio Arantes. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. Disponível em: <<http://www.sumarissimo.com/2012/11/a-garantia-da-ordem-publica-como.html>>. Acessado em 30 set. 2013.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acessado em 15 de jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Habeas Corpus nº 100.012. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 15 de fev. de 2010. Publicado no DJu em: 26 de fev. de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 20 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Habeas Corpus 104008/BA. 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Og Fernandes. Julgado em: 02 de set. de 2008. Publicado no DJu em: 22 de set. de 2008. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > Acessado em: 23 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Habeas Corpus 246188/PA. 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 27 de ago. de 2013. Publicado no DJu em: 12 de set. de 2013. Disponível em: < [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) > Acessado em: 23 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Recurso em Habeas Corpus 38459/SP. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em: 03 de set. 2013. Publicado no DJu em: 13 de set. de 2013. Disponível em: < [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) > Acessado em: 23 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Recurso em Habeas Corpus 24382/MS. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em: 21 de mai. 2013. Publicado no DJu em: 03 de ago. de 2013. Disponível em: < [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) > Acessado em: 23 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Habeas Corpus 70055607410/RS. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Relator José Conrado Kurtz de Sousa. Julgado em: 24 de out. de 2013 Publicado no DJu em: 08 de nov. de 2013. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br> > Acessado em: 23 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Habeas Corpus 70055607410/RS. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Relator Julio Cesar Finger. Julgado em: 07 de ago. de 2013 Publicado no DJu em: 16 de ago. de 2013. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br> > Acessado em: 23 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Habeas Corpus 70054600390/RS. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Relator Julio Cesar Finger. Julgado em: 05 de jun. de 2013 Publicado no DJu em: 24 de jun. de 2013. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br> > Acessado em: 23 de fev. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALHEIRO NETO, Augusto. **A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5039/a-insuficiencia-da-garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-do-decreto-de-prisao-preventiva>>. Acessado em: 30 set. 2013.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Curso Básico de Processo Penal**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

DELMANTO, Roberto Júnior. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal/Aury Lopes Jr**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal/Antônio Alberto Machado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO, Iuri Victor Romero. **Uma abordagem crítica a utilização da ordem pública como requisito para decretação da prisão preventiva**. Disponível em <<http://machadoadvocaciacriminal.jur.adv.br/index.php?p=publicacao&codigo=1363>> Acessado em: 15 dez. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Marco Aurélio Leite. **Prisão temporária, uma aberração**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/6917/1/prisoos-cautelares-aspectos-teleologicos/pagina1.html>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2012.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. Vol. 2, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.