



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Curso de Direito

MAYARA RODRIGUES RABELLO

**O SIGNIFICADO DE ORDEM PÚBLICA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA**

BRASÍLIA

2011

MAYARA RODRIGUES RABELLO

**O SIGNIFICADO DE ORDEM PÚBLICA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA**

Dissertação relativa à redação de monografia final do curso de graduação em Direito no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, a ser desenvolvido por Mayara Rodrigues Rabello, sob a orientação da Professora Eneida Orbage de Britto Taquary.

BRASÍLIA

2011

MAYARA RODRIGUES RABELLO

O SIGNIFICADO DE ORDEM PÚBLICA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA

Dissertação relativa à redação de monografia final do curso de graduação em Direito no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, a ser desenvolvido por Mayara Rodrigues Rabello, sob a orientação da Professora Eneida Orbage de Britto Taquary.

Brasília, _____ de _____ de 2011.

Banca Examinadora

Prof^a. Eneida Orbage de Britto Taquary.

Orientadora

Prof.

Examinador

Prof.

Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o conceito de garantia de ordem pública no âmbito em que é utilizada para a decretação da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, procurando demonstrar o subjetivismo e o caráter abstrato de tal conceituação, abordando diversas implicações que poderão ser suscitadas quanto ao tema tratado. Para a efetiva abordagem crítica necessária ao desenvolvimento da pesquisa, buscou-se indicar as implicações do princípio da presunção de inocência referente à prisão preventiva, abordando ainda o caráter cautelar de tal modalidade prisional, bem como as implicações e especificidades características próprias da prisão preventiva. Ao decorrer da análise, o conceito de ordem pública foi aprofundado, procurando demonstrar os argumentos e posicionamentos doutrinários a respeito do tema abordado, e assim entender, a partir da argumentação desenvolvida por determinados doutrinadores, o quanto o conceito de garantia de ordem pública pode ser subjetivo, devido à amplitude que o reveste. Por fim, abordou-se o tratamento aplicado à ordem pública na jurisprudência de determinados órgãos do Poder Judiciário, essencialmente no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, de maneira a analisar o entendimento e a fundamentação das decisões tomadas por tais órgãos julgadores, procurando especificar como é aplicada e os motivos para a decretação da prisão preventiva com fulcro na garantia de ordem pública.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Ordem pública. Conceituação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	9
1.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	9
1.2 AS ESPÉCIES DE PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO	10
1.2.1 <i>A prisão sem pena</i>	10
1.3 A PRISÃO CAUTELAR PROCESSUAL PENAL	11
1.4 PRISÃO PREVENTIVA	12
1.4.1 <i>Momento da decretação</i>	12
1.4.2 <i>Pressupostos para decretação</i>	15
1.4.3 <i>Circunstâncias em que poderá ser decretada</i>	15
1.4.4 <i>Legitimidade para requerimento e decretação</i>	18
1.5 NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA	18
1.6 A ABORDAGEM DA PRISÃO PREVENTIVA PELA IMPRENSA.....	20
2 OS VARIADOS SIGNIFICADOS ATRIBÍDOS AO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
2.1 A ORDEM PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	25
2.2 DIVERGÊNCIA ENTRE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	26
2.3 A ORDEM PÚBLICA REPRESENTADA POR FÓRMULA LEGAL	27
2.4 A ADEQUAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA A DIVERSOS TERMOS	28
2.5 A PERICULOSIDADE DO AGENTE COMO EXPOENTE	32
2.5.1 <i>Prevenção geral e especial</i>	33

3 O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	36
3.1 O ENTENDIMENTO DA ORDEM PÚBLICA NA DOUTRINA	37
3.2 DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO PODER JUDICIÁRIO	38
3.3 O TRATAMENTO APLICADO À ORDEM PÚBLICA NOS TRIBUNAIS	39
3.3.1 <i>Decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios</i>	39
3.3.2 <i>Decisões do Superior Tribunal de Justiça</i>	43
3.3.3 <i>Decisões do Supremo Tribunal Federal</i>	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, referente à redação de monografia final do curso de graduação em Direito, busca tratar de um assunto de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o significado do conceito de ordem pública para a decretação da prisão preventiva.

Procura-se abordar o subjetivismo e o caráter abstrato desse conceito, ou seja, de ordem pública, tendo-se em vista que se configura como um dos fundamentos utilizados para a decretação da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Sendo tal instituto uma das formas de relativizar o direito à liberdade da pessoa humana, é de extrema importância observar o verdadeiro significado de ordem pública, de maneira a analisar criticamente o instituto das prisões cautelares, que possui caráter de aplicação excepcional, porém, por diversas vezes, é utilizado, erroneamente, como regra no processo penal.

Basicamente, a problemática da pesquisa em questão refere-se ao significado da ordem pública para a decretação da prisão preventiva, abordando variadas implicações a respeito do tema.

Da sistemática infere-se um problema relacionado à uma objetiva definição do que seria a ordem pública, tendo-se em vista que, com o amplo subjetivismo e abstracionismo do órgão julgador, constata-se que tal fato poderia então ensejar uma restrição de liberdade dúbia, justamente por não haver no ordenamento jurídico uma base concreta para tal conceito, referente ao tema em questão.

De acordo com certos julgados do Supremo Tribunal Federal, a prisão preventiva não deve ser aplicada com fundamento na mera gravidade do delito, ou ainda, tão somente fazendo-se referência ao artigo 312 do Código de Processo Penal, é necessário que exista um justo motivo para tal constrição de liberdade, é preciso, portanto, que esteja presente uma fundamentação que autorize

a aplicação de tal instituto, deve existir para tanto, um fundamento concreto que autorize sua aplicação.

O objetivo da presente pesquisa desenvolvida é realizar uma análise crítica da aplicação da prisão preventiva, com enfoque no fundamento jurídico que a ela é atribuída referente à garantia da ordem pública. Busca-se demonstrar que o instituto carrega traços essencialmente subjetivos e abstratos, especialmente quando da aplicação da prisão preventiva para assegurar a ordem pública, procurando entender o significado de tal fundamento.

Especificamente, busca-se compreender a natureza jurídica da prisão preventiva, a fim de que se possa entender a função de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Há ainda a necessidade de demonstrar o quão grave pode ser a decretação de uma prisão preventiva, ou seja, uma restrição de liberdade anterior ao trânsito em julgado de uma condenação, que tenha como fulcro razões subjetivas e abstratas. Desta feita, a presente pesquisa procura analisar o significado de ordem pública para a decretação da prisão preventiva.

O método adotado será o dialético, partindo-se da análise do instituto das prisões cautelares, especificamente, em relação à prisão preventiva e o fundamento da garantia da ordem pública como autorizador legal de sua aplicação. Procura-se compreender sua natureza jurídica, seu conteúdo, seu conceito e suas aplicações no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a se pesquisar doutrinariamente tais especificações. Partindo-se da vertente teórico-metodológica, denominada jurídico-dogmática, pretende-se elaborar tal pesquisa, buscando-se a compreensão interna do sistema da prisão preventiva, fundamentalmente, procurando encontrar a especificação para utilização da ordem pública como fundamento autorizador para sua aplicação, utilizando a análise de conteúdo doutrinário como meio principal de elaboração do trabalho proposto.

O presente trabalho desenvolvido será dividido em três partes específicas, ou seja, em três capítulos, cada qual discorrendo sobre pontos delineados que se entrelaçam no decorrer da monografia. O primeiro capítulo discorrerá sobre o instituto da prisão preventiva, abordando suas peculiaridades em geral, bem como suas hipóteses de admissão e seus requisitos. O segundo capítulo tratará da ordem pública, procurando dar enfoque aos seus possíveis significados comumente adotados, bem como conceitos adotados anteriormente em nosso

ordenamento jurídico. Por fim, o terceiro capítulo discorrerá sobre a ambiguidade e o subjetivismo do conceito de ordem pública, buscando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal mais recente sobre a questão, procurando ainda nos votos de seus ministros quais os conceitos adotados para o fundamento da ordem pública em nosso ordenamento jurídico.

1 A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, para um melhor entendimento lógico da presente pesquisa, cabe apresentar o conceito de um dos institutos mais importantes em nosso ordenamento jurídico, instituto este que deverá reger toda e qualquer acusação criminal, qual seja, o princípio da presunção de inocência. Este princípio, que também é conhecido por alguns como princípio do estado de inocência ou ainda, princípio da não-culpabilidade, possui como significado primordial o fato de que todo aquele acusado de ter cometido um delito em âmbito criminal é presumido inocente, até que seja declarado definitivamente culpado por uma sentença condenatória transitada em julgado. Está consagrado em nossa Constituição Federal atual, previsto no artigo 5º, inciso LVII, conforme o texto integral transcrito¹: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²

O princípio a que se faz destaque possui como objetivo principal o fato de assegurar que o ônus, ou seja, a obrigação de elaborar e produzir determinada prova essencial à acusação recaia sobre aquele que acusa, e não que pese tal obrigação à defesa, fundamentada no fato de que as pessoas possuem como estado natural a prerrogativa de nascerem inocentes. Por outro lado, este mesmo princípio confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão.³

Refere-se o princípio da presunção de inocência, por conseguinte, ao fato de que, enquanto determinada pessoa não tiver contra si uma sentença penal condenatória definitiva, presume-se este indivíduo como sendo inocente. A dita prerrogativa de inocência não há de ser considerada e interpretada de maneira absoluta, no entanto, sendo este dito indivíduo presumidamente inocente, a prisão

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 77.

² SARAIVA, Editora. Colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Vade mecum**. 8. Ed. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 10.

³ NUCCI, op. cit., p. 77.

que ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não deverá ser entendida e nem aplicada como antecipação de pena, tendo-se em vista que é vedada a punição antecipada, e por este mesmo motivo, uma prisão que ocorra anteriormente à uma sentença definitiva deverá ter caráter indispensável e ser aplicada a título cautelar.⁴ Não se deve ainda deixar de lado o fato de que o sistema processual penal, bem como seus princípios constitucionais, estão intimamente ligados aos preceitos do Direito Penal, sendo assim, deve-se visualizar as ciências criminais como uma espécie de cenário único, devidamente regidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo devido processo legal.⁵

Cabe ainda discorrer quanto às prisões existentes, de uma maneira geral, em nosso ordenamento jurídico. Sabe-se que a prisão é caracterizada pela privação da liberdade de um indivíduo, obstando o Estado seu direito de se locomover livremente, ou seja, seu direito de ir e vir, por meio do recolhimento desta pessoa a um ambiente adequado a esta atividade, qual seja, o cárcere.⁶ Em nosso ordenamento jurídico existe a chamada prisão-pena e a prisão sem pena, sendo a primeira decorrente de uma sentença condenatória que não suporta mais a interposição de recursos e a segunda relaciona-se a uma prisão sem o caráter de pena.⁷

Em relação à chamada prisão sem pena, assim conhecida por não decorrer de uma condenação criminal em definitivo, temos a prisão civil, com previsão nos artigos 733, caput e parágrafos, e 885, parágrafo único, todos constantes no Código de Processo Civil; a prisão cautelar, prevista nos artigos 69 e 81 da Lei nº 6.815 de 19/08/1980; a prisão cautelar de natureza constitucional, observada no artigo 139, inciso II da Constituição Federal de 1988; e por fim, a prisão cautelar de natureza processual, sendo esta dividida em 05 (cinco) diferentes espécies, quais sejam, a prisão em flagrante, prevista no artigo 302 do Código de Processo Penal; a prisão preventiva, de acordo com o termo dos artigos 312 e seguintes do mesmo dispositivo legal; a prisão temporária, conforme o artigo 1º da Lei nº 7.960/89; a prisão resultante de pronúncia; e a prisão decorrente de sentença

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 72.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 13.

⁶ Idem. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 530.

⁷ TOURINHO FILHO, op. cit.,p. 634.

penal condenatória recorrível.⁸ Para a presente pesquisa, entretanto, somente interessa elaborar uma análise crítica e discutir quanto à prisão preventiva.

Conforme o exposto, não existe em nosso ordenamento jurídico somente a espécie de prisão resultante de uma condenação criminal com uma sentença transitado em julgado, várias outras modalidades prisionais são contempladas, e dentre elas, uma se sobressai, merecendo destaque a prisão cautelar processual penal, que consiste na limitação da liberdade física em razão do cumprimento de determinada finalidade processual penal.⁹

Importante lembrar que, com o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, certas alterações foram introduzidas em âmbito processual penal. As chamadas medidas cautelares poderão, atualmente, ser aplicadas de maneira isolada ou cumulativamente, a fim de evitar o estabelecimento banal de uma eventual prisão cautelar.¹⁰

Assim, com a mais atual legislação, houve o estabelecimento de novas medidas cautelares, de maneira a substituir a aplicação da prisão preventiva ou ainda atenuar certos rigores referentes à prisão em flagrante.¹¹ Desta maneira, para que se estabeleçam essas novas medidas cautelares, é necessário a aplicação de dois critérios, quais sejam, a necessidade e a adequabilidade.¹²

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a necessidade diz respeito ao caráter indispensável para a aplicação da lei penal, bem como para a investigação ou para a instrução criminal, além ainda de atuar como fator que evite a prática de novas infrações penais. Já o segundo critério, conforme o mesmo autor acima citado, refere-se à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e ainda, às condições pessoais do indivíduo indiciado ou acusado.¹³

Em relação à prisão preventiva, diz-se que é uma espécie do gênero denominado prisão cautelar de natureza processual. É imprescindível que seja

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 638.

⁹ GOUVEIA, Carlos Machado; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida. **Atual panorama da constituição federal**. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins. Apresentação Maria Odete Duque Bertasi. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 286.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 10.

¹¹ Ibidem, p. 9.

¹² Ibidem, p. 10.

¹³ Ibidem, p. 10.

decretada tomando as formas de medida acautelatória, seja para que garanta uma eventual execução de pena, caso seja necessária para a devida preservação da denominada ordem pública ou econômica, ou ainda, por conveniência da instrução criminal.¹⁴ Traduz-se como medida restritiva de liberdade, devendo ser determinada pelo magistrado, não importando, anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 12.403, sua fase de instauração; desta maneira, poderia ser decretada em qualquer fase do inquérito, bem como da instrução criminal.¹⁵ Sendo a prisão preventiva decretada a qualquer momento, mesmo anteriormente ao oferecimento da denúncia, ela iria, deste modo, se impor sobre as outras modalidades de prisão provisória, de modo que garantisse o andamento do processo penal, bem como sua eficácia.¹⁶

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, o magistrado somente poderá decretar a instauração de uma prisão preventiva, de ofício, no decorrer do processo, não lhe é mais permitido proceder de tal forma durante a investigação, como ocorria anteriormente.¹⁷ Tal reforma específica se propôs a corrigir parte da legitimação judicial anterior, evitando que o magistrado proceda, de ofício, na chamada fase policial.¹⁸ Assim se observa na nova redação dada ao artigo 311 do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.¹⁹

Como já dito anteriormente, além das prisões resultantes de uma condenação criminal definitiva, existem as prisões que dispensam a existência desta sentença penal condenatória. Sendo assim, toda e qualquer prisão que ocorra anteriormente a esta decisão transitada em julgado, irrecorrível, é nada mais do que uma medida drástica e, desta maneira, deverá ser aplicada somente em casos excepcionais. Apesar de se fazer necessária sua previsão para uma convivência

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 668.

¹⁵ Ibidem, p. 668.

¹⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2001. p. 162.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

¹⁸ Ibidem, p. 62.

¹⁹ Ibidem, p. 61.

equilibrada em sociedade, deve ser medida aplicada restritivamente, limitando-se somente àqueles casos indispensáveis dispostos na legislação penal, posto que, aquele submetido a esta modalidade prisional poderá posteriormente ser declarado inocente. Por este motivo, somente poderá ser decretada nos limites do juízo de indispensabilidade, sujeitando-se a pressupostos e condições previamente elencados, evitando-se ao máximo comprometer o direito de liberdade amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro.²⁰

A prisão preventiva demonstra seu aspecto cautelar na tutela da persecução penal, objetivando desta maneira impedir que eventuais condutas praticadas pelo provável autor do delito apontado ou um terceiro tenham o condão de colocar em risco a efetividade do processo.²¹ Por conseguinte, por trazer como consequência principal a privação de liberdade do indivíduo, anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, o instituto somente se justifica pelo período enquanto for necessário e na limítrofe medida em que puder proteger tal persecução penal, e ainda, quando demonstrar não existir outros meios de se alcançar sua finalidade específica, quando for a única maneira de satisfazer tal necessidade.²²

Em razão da gravidade da aplicação dessa modalidade prisional, e em decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais²³, adotado em nosso ordenamento jurídico, conforme se observa na Constituição Federal de 1988, a prisão preventiva deverá ser decretada observando-se o seguinte dispositivo:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

LXI – 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;²⁴

Ressalta-se mais uma vez o princípio da presunção de inocência, relacionando-o com a permissão da aplicação da prisão preventiva em nosso

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 668.

²¹ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. p. 449.

²² Ibidem, p. 449.

²³ Ibidem, p. 449.

²⁴ SARAIVA, Editora. Colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Vade mecum**. 8. Ed. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 10.

ordenamento jurídico, segundo o termo constitucional consagrado pela Constituição da República acima exposto, posto que todo homem deverá ser considerado inocente inicialmente, não importando a gravidade do delito em que lhe pese a acusação enquanto não for declarado culpado, após legalmente processado, respeitando-lhe a garantia do devido processo legal. Deve-se ainda atentar-se para o fato de que a legalidade da prisão será decidida pelo Poder Judiciário, sendo esta ilegal, deverá ser relaxada, apurando-se ainda a responsabilidade da autoridade apontada como coatora que por ventura agiu com eventual abuso de autoridade.²⁵

O reconhecimento da situação jurídica de inocente, referente àquele que não possui contra si uma condenação criminal definitiva, impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação de liberdade, devendo ainda ser construída em bases cautelares, ou seja, deve ser decretada como meio acautelador dos interesses jurisdicionais penais, necessitando para tanto, que tal medida seja indispensável e necessária a isso.²⁶

Os requisitos para a decretação da prisão preventiva encontram-se expressamente previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Observa-se abaixo, a título de comparação, a redação prevista na legislação anterior à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011:

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.²⁷

Com o advento da nova legislação citada, o referido dispositivo legal passou a ser assim redigido:

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.

²⁵ FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em flagrante:** preventiva e temporária. Campinas. Lemos & Cruz Livraria e Editora, 2003. p. 21.

²⁶ PACHELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal.** 11. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. p. 431.

²⁷ SARAIVA, Editora. Colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Vade mecum.** 8. Ed. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 639.

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).²⁸

Pode-se visualizar que o instituto da prisão preventiva, bem como seus requisitos, não sofreu grandes alterações. O parágrafo único foi acrescentado como uma maneira de dar à prisão preventiva o caráter intimidador àquele que se encontra sob outra modalidade de medida cautelar. Assim, sendo aplicada uma medida cautelar alternativa, deve esta ser cumprida efetivamente, não ocorrendo, resta ao Estado aplicar a prisão preventiva.²⁹

Assim, no que concerne aos pressupostos para a decretação da prisão preventiva, é importante observar que a legislação brasileira processual penal exige como um dos pressupostos ou requisitos necessários à decretação desta modalidade de prisão cautelar de natureza processual, a prova da materialidade delitiva, portanto, conforme o disposto, não é necessário a existência de uma mera suspeita, é preciso que exista a prova da existência do ilícito penal. Por sua vez, o texto legal também aborda a questão quanto à autoria, exigindo-se a presença de indícios suficientes que digam quanto à autoria do delito. Neste último caso, não se trata de uma certeza contundente, mas de uma probabilidade tamanha que seja suficiente ao convencimento do magistrado.³⁰ Caso não existam tais pressupostos, em hipótese alguma se justificará o decreto desta medida.³¹

Quanto às circunstâncias que a autorizam, a legislação processual penal brasileira, da mesma maneira que elenca seus requisitos autorizadores, prescreve as hipóteses legais em que deverá ser decretada. As circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva também poderão ser devidamente observadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, conforme o termo legal acima transcrito. Desta maneira, poderá ser decretada conforme se caracterize como medida necessária à manutenção da garantia da ordem pública ou para a

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

²⁹ Ibidem, p. 66.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 668.

³¹ FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em flagrante**: preventiva e temporária. Campinas. Lemos & Cruz Livraria e Editora, 2003. p. 307.

garantia de ordem econômica, em razão da conveniência da instrução criminal e, por fim, para assegurar eventual pena imposta.³²

Quanto à garantia da ordem econômica, a finalidade da decretação da prisão preventiva fundada neste motivo é impedir que o agente causador do ato que abalou a situação econômica de uma determinada instituição ou de um órgão do Estado permaneça gozando de sua liberdade, dando margens a uma provável impunidade, assim entendido pela sociedade como um todo, posto que o abalo à credibilidade da Justiça torna-se evidente.³³

Em relação à decretação com fulcro na conveniência da instrução criminal, refere-se ao fato de que a instrução criminal deverá ser realizada de maneira equilibrada e imparcial, na busca incessante da verdade real. Sendo assim, os transtornos provocados pelo réu, visando perturbar a colheita de provas é motivo suficiente para que a prisão preventiva seja decretada.³⁴

Já a decretação de tal prisão tendo-se em vista a garantia de aplicação da lei penal significa o fato de proporcionar ao Estado a sua prerrogativa, o seu direito de aplicar uma sanção penal àquele que é tido como autor de uma infração penal.³⁵

O objeto da presente pesquisa é o exame da prisão preventiva para garantia da ordem pública, que será devidamente tratada posteriormente, no capítulo seguinte, buscando encontrar as conceituações utilizadas para o termo citado, que se desenvolve como um tema controvertido na doutrina e nos Tribunais de Justiça de nosso país. Percebe-se, de imediato, que este instituto destina-se à proteção da comunidade, sendo ela coletivamente considerada, partindo-se do pressuposto de que seria a principal atingida pela liberdade de autores de determinados crimes e delitos que despertam a intranquilidade e o desequilíbrio social, e não justificando-se simplesmente para a proteção do processo penal, finalidade esta de qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar.³⁶

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 672.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 561.

³⁴ Ibidem, p. 561.

³⁵ Ibidem, p. 562.

³⁶ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. p. 452.

Uma vez provada a já citada materialidade delitiva, e caso existam os indícios suficientes de autoria, sendo ainda presente uma das circunstâncias anteriormente descritas, de acordo com a legislação anterior à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, tem-se que a prisão preventiva somente deveria ser decretada em crimes dolosos, se punidos com reclusão; em caso de detenção, quando houvesse a comprovação de que o indiciado fosse vadio, ou, existindo dúvidas quanto sua identidade, o mesmo não fornecesse ou ainda não indicasse elementos tais que a esclarecessem; e por fim, caso houvesse sido condenado por outro crime doloso, com a devida ressalva referente à reincidência, prevista no artigo 64, inciso I do Código Penal, bem como nos casos de violência doméstica, visando garantir as medidas de proteção com caráter de urgência.³⁷ De acordo com a Lei nº 12.403, assim ficou estabelecido o texto do artigo 313 do Código de Processo Penal:

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 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; IV – (revogado.).

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.³⁸

Assim, observa-se que, para se decretar a prisão preventiva, não há mais nenhuma diferença entre reclusão e detenção, bastando para tanto, o dolo como referencial. Além disso, somente caberá tal modalidade de prisão em crimes dolosos que possuem pena privativa máxima de quatro anos, posto que agora, existem várias medidas cautelares alternativas destinadas a delitos de menor potencial ofensivo.³⁹ Houve a manutenção em relação à reincidência, entretanto, não se admite a reincidência, para decretação de prisão preventiva, quando se tratar de

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 677.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

³⁹ *Ibidem*, p. 67.

delito culposo. Da mesma forma, a nova legislação manteve a possibilidade de aplicação de tal prisão para os casos de violência doméstica e familiar, acrescentando, além da mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou ainda, pessoa com deficiência. O parágrafo único aborda a questão do acusado que possui identificação duvidosa, entretanto, a prisão configura-se somente como forma de pressionar para que o indivíduo forneça a identificação necessária.⁴⁰

A prisão preventiva não poderá ser decretada caso o magistrado se convença de que o acusado agiu em legítima defesa, seja para sua própria defesa ou de terceiro, bem como ter agido em decorrência de estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito. Bem como não deverá ser decretada em razão de uma contravenção penal, por mais grave que seja tal contravenção.⁴¹

A autoridade competente para a decretação da prisão preventiva também sofreu alteração com a promulgação da legislação mais recente. Anteriormente, era legítimo o juiz, podendo ainda requerer sua decretação o Ministério Público, o querelante e a Autoridade Policial, conforme previsão do artigo 311 do Código de Processo Penal.⁴² Atualmente, a prisão preventiva poderá ser decretada a requerimento do Ministério Público, querelante, assistente de acusação ou por representação da autoridade policial, além de que, estando em juízo, poderá ser decretada de ofício pelo juiz.⁴³

Toda prisão que se instaura anterior ao trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória é considerada como uma prisão de natureza provisória, constituindo-se, portanto, por assim dizer, a característica de ser de natureza efêmera. Ainda em relação ao tema, seja qual for a prisão anterior ao trânsito em julgado, deve também ser considerada e abordada como uma prisão cautelar. O termo cautelar, assim especificado, refere-se à sua função de

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 68.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 679.

⁴² Ibidem, p. 671.

⁴³ NUCCI, op. cit., p. 72.

instrumentalidade, do acautelamento de interesses específicos e determinados da ordem pública.⁴⁴

Torna-se possível, portanto, se obter a seguinte afirmativa, qual seja, de que as denominadas prisões com natureza cautelar, elencadas em nosso ordenamento jurídico, referem-se, na verdade a uma forma e abordagem de execução cautelar, de natureza processual legitimada tão somente por motivos de ordem pública, social, econômica, com vistas ao cumprimento da lei ou ainda do próprio ordenamento jurídico.⁴⁵

As privações de liberdade que ocorram anteriores a esse trânsito em julgado da sentença final devem assim ser necessariamente justificadas, e somente podem ocorrer na medida limítrofe em que realizem sua função principal, assim, que detenha o seu devido papel de proteger o adequado e regular exercício da jurisdição penal. As prisões devem ser cautelares, conter a natureza acautelatória do processo e das funções da jurisdição penal, e somente seguindo esta específica finalidade poderá se legitimar a privação de liberdade pela ordem jurídica de quem ainda é reconhecido como inocente.⁴⁶

Conforme os ensinamentos e a doutrina apregoada por Rogério Schietti, toda e qualquer medida cautelar possui como função máxima a proteção daqueles que seriam o resultado do processo, entretanto, na busca por tal proteção asseguradora do processo penal pelas providências e medidas de cunho cautelar, determinados direitos e interesses daquele indivíduo submetido a esta prisão podem vir a ser sacrificados, em maior ou menor grau, causando-lhe impactos tão ou menos sofríveis.⁴⁷

Fazendo-se um adendo simplesmente para não deixar que tal ponto seja ausente na presente pesquisa acadêmica, em relação à abordagem com que a imprensa nacional aborda o tema, não se pode atribuir somente à ela a responsabilidade exclusiva da deturpação da ideia de aplicação desta modalidade

⁴⁴ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. p. 431.

⁴⁵ GOUVEIA, Carlos Machado; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida. **Atual panorama da constituição federal**. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins. Apresentação Maria Odete Duque Bertasi. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 287.

⁴⁶ PACELLI, op. cit., p. 432.

⁴⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006. p. 1.

prisional, mas este meio de divulgação de informações possui uma grande parcela de responsabilidade e autoria no despertar do sentimento de impunidade do Sistema Penal Brasileiro e do Poder Judiciário nacional, gerado entre as massas, principalmente em leigos no Direito, provocando uma reação de indignação na sociedade, pela suposta flexibilidade exagerada no trato de determinados casos que surgem na comunidade.⁴⁸

Ainda, abordando o poder da mídia no despertar e modelar de opiniões, pode-se afirmar que não somente aquilo que seria considerado como bônus, mas também os ônus dessas prisões, que possuem um caráter muitas vezes marcado pelo aparato espetacular das operações policiais, que por diversas vezes são acompanhadas intimamente por esta imprensa, acabam possuindo a finalidade de prolongar o espetáculo de determinadas prisões, seja em razão da pessoa ou do crime cometido, de maneira que renda altos índices de IBOPE. Portanto, estes ônus devem ser atribuídos a todos os envolvidos na operação que se trava, não somente às Polícias, mas também ao Poder Judiciário, bem como ao Ministério Público.⁴⁹

Segundo Rejane Jungbluth, Juíza da 2ª Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da cidade de Brasília, a ausência da determinação de uma prisão cautelar possui como consequência imediata o sentimento de impunidade para com a sociedade, nos casos em que há grande divulgação da mídia. Entretanto, essa pressão pode dar ensejo a decisões injustas, que violem princípios garantidores fundamentais.⁵⁰

Não há que se aceitar de maneira fria e superficial, sem uma análise crítica, a instauração e configuração de uma prisão preventiva, justamente pelo fato de que a prisão anterior à condenação criminal transitada em julgado deve ser vista unicamente como uma exceção, e nunca ser aplicada como regra. A antecipação da restrição de liberdade de determinada pessoa não deve ser um preceito aplicado de forma banal, seguida para satisfazer, de maneira irracional e desenfreada aos

⁴⁸ JUNGBLUTH, Rejane. A atual percepção da prisão preventiva. <http://www.tjdft.jus.br>. [online]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=12198>. Acesso em: 21/10/10.

⁴⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006. p. 2.

⁵⁰ JUNGBLUTH, Rejane. A atual percepção da prisão preventiva. <http://www.tjdft.jus.br>. [online]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=12198>. Acesso em: 21/10/10.

anseios e apelos de uma sociedade que clama por punição.⁵¹ O acusado em processo penal não poderá receber tratamento equivalente a alguém já considerado culpado, por sentença penal definitiva, que não cabe mais qualquer que seja o recurso.⁵²

A Constituição Federal da República, de 1988, em verdade, autoriza a prisão preventiva, conforme o disposto em seu artigo 5º, inciso LXI, entretanto, só se deve admitir a prisão e a violação da garantia constitucional da presunção de inocência em caso extremo, que caracterize, indubitavelmente, sem sombra de dúvida, uma situação efetivamente cautelanda, na qual a medida cautelar se configure, de fato, como aquilo que seria o instrumento do processo penal.⁵³

Diz-se assim, que as percepções atribuídas às prisões preventivas são resultado de um pré-julgamento, e partindo-se desta linha de pensamento, atuam e agem como se fossem, verdadeiramente, um juízo de mérito, revestindo-se de uma mera falácia, configurando-se simplesmente como uma resposta imediata ao clamor da sociedade por justiça, traduzindo uma ilusória ideia de segurança.⁵⁴

Com vias a melhor fundamentar o quão grave podem ser as consequências cometidas por uma injustiça, transcreve-se um trecho do livro de Michel Foucault, de maneira a ilustrar de forma mais adequada o tema:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça.⁵⁵

Se o valor ético-social de um bem jurídico não é determinado de forma isolada ou abstratamente, não deverá ser também a instauração da prisão

⁵¹ GOUVEIA, Carlos Machado; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida. **Atual panorama da constituição federal**. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins. Apresentação Maria Odete Duque Bertasi. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 289.

⁵² CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006. p. 73.

⁵³ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006. p. 119.

⁵⁴ JUNGBLUTH, Rejane. A atual percepção da prisão preventiva. <http://www.tjdft.jus.br>. [online]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=12198>. Acesso em: 21/10/10.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 28. ed. Petrópolis. Vozes, 2004. p. 235. Apud GOUVEIA, Carlos Machado; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida. **Atual panorama da constituição federal**. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins. Apresentação Maria Odete Duque Bertasi. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 285.

preventiva.⁵⁶ Ora, como se sabe, o roubo, tomado meramente como um ilustrativo, possui como objeto jurídico o patrimônio, a integridade física da vítima e a liberdade do indivíduo⁵⁷, sendo assim, constitui o núcleo do crime tais características elencadas, não devendo somente este fato e a menção ao artigo 312 do Código de Processo Penal, ser passíveis para a decretação da prisão preventiva, porquanto, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não poderá ser motivo para a decretação de tal modalidade prisional a mera gravidade do crime⁵⁸, conforme se verá a seguir:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFIQUEM O DECRETO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Apesar de o decreto preventivo relatar o descaso e a falta de atenção dos pacientes para com a Justiça, não expõe, de forma objetiva, qualquer fato concreto que demonstre a materialização de alguma das hipóteses mencionadas no art. 312 do Código de Processo Penal. II - Ausente a demonstração da necessidade da manutenção da segregação preventiva, não sendo motivos aptos à sua decretação a gravidade do crime, a sua reprovabilidade, nem tampouco o clamor público. III - A metódica e progressiva construção pretoriana, passou a repelir a custódia cautelar quando vazada em termos abstratos, sem amparo em fatos concretos, fundamentada de forma lacônica ou baseada exclusivamente na garantia da ordem pública. IV - Impetração da qual não se conhece, concedendo-se, todavia, a ordem de ofício.⁵⁹

O discurso crítico sobre o sistema prisional brasileiro demonstra que ocorre uma repressão seletiva de indivíduos de camadas inferiores, ou seja, maior repressão de pessoas que não possuem um alto poder aquisitivo, financeiramente falando, dentro dos padrões medianos da sociedade fundados em indicadores sociais de marginalização, bem como o desemprego, a pobreza etc. Dentre tantos motivos, esta é uma das razões da proposta do Direito Penal Mínimo, que tem como

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 2 dos crimes contra a pessoa. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2007. p. 9.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral parte especial. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 702.

⁵⁸ BRASIL/BAHIA/SALVADOR. Supremo Tribunal Federal. HC 95.125/BA. Fernando Aparecido da Silva e Joel Miranda. Relator Ricardo Lewandowski. Acórdão 08/06/10. Publicado em 24/09/10. Maioria. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

⁵⁹ BRASIL/BAHIA/SALVADOR. Supremo Tribunal Federal. HC 95.125/BA. Fernando Aparecido da Silva e Joel Miranda. Relator Ricardo Lewandowski. Acórdão 08/06/10. Publicado em 24/09/10. Maioria. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

objetivo reduzir o Direito Penal, atribuindo-lhe um uso regrado e somente naquilo em que for essencial.⁶⁰

Conforme infere-se do sistema cautelar brasileiro, não deve um magistrado decretar uma prisão cautelar sem os fundamentos básicos que autorizem sua instauração, no entanto, não obstante a legislação brasileira afirme quanto à legitimidade de tal modalidade prisional, faz-se necessário observar com extremo cuidado e precaução quanto à esta prisão penal, posto que sua decretação pode suprimir o direito de ser considerado inocente, se não existe uma sentença penal condenatória transitada em julgado, porquanto uma condenação penal acarretará em uma condenação com consequências certamente drásticas, qual seja, a condenação a uma sanção.⁶¹

Desta forma, a questão da aplicação da prisão preventiva fundada na ordem pública apresenta uma série de controvérsias que merecem a devida atenção do jurista e estudante de Direito, constituindo-se, por conseguinte, um objeto de pesquisa relevante, passíveis de uma abordagem de discussão de maneira crítica, de modo que se entenda a maneira mais adequada, justa e coerente com os preceitos do Direito para uma concreta fundamentação na sua aplicação.

Observa-se, por conseguinte, as incontroversas inadequações que existem na aplicação da prisão preventiva, por todos os motivos já mencionados acima. Existem decisões que carregam muitas vezes um aspecto fundamentalmente abstrato e subjetivo na busca de uma aplicação prisional, na tentativa de dar uma característica de justiça e satisfação popular às decisões proferidas, e por estes motivos, a referente pesquisa torna-se relevante objeto de estudo.

⁶⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba. Lumen Juris, 2006. p. 698.

⁶¹ GOUVEIA, Carlos Machado; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida. **Atual panorama da constituição federal**. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins. Apresentação Maria Odete Duque Bertasi. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 286.

2 OS VARIADOS SIGNIFICADOS ATRIBUÍDOS AO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme anteriormente exposto, as circunstâncias que poderão autorizar uma eventual decretação de prisão preventiva encontram-se dispostas nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, ou seja, são aquelas necessárias para garantia da ordem pública, bem como garantia da ordem econômica, ou ainda por conveniência da instrução criminal, e por fim, para que se assegure a aplicação da lei penal, entendido assim como a imputação de uma eventual pena imposta.⁶² Não se deve esquecer ainda dos requisitos necessários à decretação da prisão preventiva, de maneira que devem, para a regular decretação da mesma, estar presentes os denominados pressupostos da prisão, definidos pela prova de materialidade do delito e pelos indícios suficientes de autoria, constituindo assim a fumaça do bom direito para a aplicação de uma prisão cautelar.⁶³

O presente capítulo tratará do significado de ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva, buscando demonstrar a variedade de acepções já adotadas em nosso ordenamento jurídico, de maneira a demonstrar que se trata de um conceito extremamente abrangente em nosso ordenamento jurídico, procurando apresentar diversos significados a ele atribuído. Faz-se um adendo neste momento em referência aos conceitos apresentados na jurisprudência, que terá sua análise mais aprofundada no capítulo seguinte do presente trabalho elaborado.

Existem, na verdade, diversas tentativas de definição do que seria a ordem pública, apresentando tal fundamento da prisão preventiva variados significados, se referindo por diversas vezes à confiabilidade do Poder Judiciário, à tutela do meio social, à periculosidade do agente acusado, ao clamor público, à gravidade do delito e ainda, significando a segurança do próprio agente acusado.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 672.

⁶³ BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 72.

Desta forma, percebe-se que a ordem pública configura-se como um conceito ambíguo, e sendo assim, pode dar ensejo à chamada insegurança jurídica.⁶⁴

A expressão garantia da ordem pública, conforme já dito, não é de simples definição, demonstrando ser, tanto doutrinariamente quanto na jurisprudência brasileira, um conceito peculiar e de complicada conceituação. Em nosso país, em determinados julgados encontrados na jurisprudência observada ao longo dos anos, demonstra esta ter optado por aquele entendimento que afirma ser a noção de ordem pública um conceito caracterizado como um risco ponderável da repetição da ação delituosa, acompanhado do exame quanto à gravidade do fato delituoso e da sua repercussão na sociedade, e ainda, entendimento no sentido de se verificar o risco à ordem pública observando-se unicamente a gravidade do crime.⁶⁵

Entretanto, conforme se observa no presente julgado do Supremo Tribunal Federal, seria ilegal a decretação da prisão preventiva que se fundamenta meramente na gravidade do delito, segundo o exposto pelo relator do presente caso transcrito, Ministro Cezar Peluso, em seu voto publicado no ano de 2009, em julgamento referente ao *Habeas Corpus* 97.177/DF. Segundo entendimento proferido pelo relator, a alusão à necessidade da aplicação da prisão preventiva tomando como fundamento autorizador de tal medida punitiva a garantir a ordem pública, deverá esta ser constituída de elementos concretos, elementos estes que sejam autorizadores de sua aplicação.⁶⁶ Conforme exposto na seguinte ementa abaixo transcrita:

AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito e no fato de o réu ser morador de rua. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. HC concedido. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade do delito e na falta de

⁶⁴ BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 71.

⁶⁵ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. p. 452.

⁶⁶ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. HC 97177/DF. Juscelino Benvenuto Costa. Relator Cezar Peluso. Acórdão 08/09/09. Publicado em 09/10/09. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

residência fixa do acusado, decorrente de sua condição de morador de rua.⁶⁷

De maneira ainda a indicar melhor a divergência de entendimento existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, com vias a demonstrar a fragilidade do conceito de ordem pública, faz-se necessário afirmar ainda que a decisão que originou o *Habeas Corpus* acima citado teve origem em um julgado pela 1ª Turma Criminal, nº 2008.00.2006.2921 HBC, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que afirma que o indivíduo apresenta-se nocivo à sociedade, e desta maneira, sua prisão preventiva deveria ser assim decretada de maneira a resguardar a ordem pública.⁶⁸ Conforme observado abaixo:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Paciente preso em flagrante e pronunciado pelo crime de tentativa de homicídio qualificado. Verificado que a conduta imputada ao paciente reveste-se de grande nocividade social, mostra-se necessária a salvaguarda da sociedade. Ademais, o paciente é morador de rua e não apresentou meios pelos quais a aplicação da lei penal estaria assegurada. Logo, fundada a custódia do paciente na presença de requisitos ensejadores da prisão preventiva, pela necessidade de se preservar a ordem pública e de se garantir a aplicação da lei penal, havendo elementos da existência do crime imputado e indícios suficientes da autoria. Ordem denegada.⁶⁹

Veja-se ainda, para uma melhor elucidação do tema, uma ementa de decisão preferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. VIOLÊNCIA FÍSICA DESNECESSÁRIA. PERICULOSIDADE CONCRETA. ORDEM DENEGADA.
1. Resultando das peças processuais que o paciente e seus dois

⁶⁷ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. HC 97177/DF. Juscelino Benvenuto Costa e Superior Tribunal de Justiça. Relator Cezar Peluso. Acórdão 08/09/09. Publicado em 09/10/09. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

⁶⁸ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20080020062921 HBC. Juscelino Benvenuto Costa. Relator Mario Machado. Acórdão 03/07/08. Publicado em 05/08/08. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

⁶⁹ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20080020062921 HBC. Juscelino Benvenuto Costa. Relator Mario Machado. Acórdão 03/07/08. Publicado em 05/08/08. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

comparsas agrediram fisicamente a vítima, de forma desnecessária, em roubo à residência, ultrapassando a simples gravidade abstrata do delito, denota sua periculosidade concreta, justificando seu encarceramento em nome da garantia da ordem pública, conforme dogmática do art. 312, do Código de Processo Penal.
 2. Acolhido parecer da d. Procuradoria de Justiça.
 3. Ordem denegada.⁷⁰

É extremamente comum se observar decisões que envolvem a decretação da prisão preventiva com o fundamento de ordem pública com a simples repetição do que seria denominado fórmula legal, não ao menos havendo a definição do que seria essa ordem pública afetada.⁷¹ Tal fórmula é apresentada por Guilherme de Souza Nucci, assim especificando: “A garantia de ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*.”⁷² Fauzi Hassan Choukr afirma sobre o assunto que: “repetição da fórmula legal é presente em várias decisões [...] mesmo porque não se dá ao trabalho de tentar definir o que seja ordem pública, limitando a decretar a prisão cautelar (ou mantê-la apenas proferindo a letra da lei).”⁷³

Como já afirmado anteriormente, a expressão definida por ordem pública apresenta-se como um conceito indeterminado, não havendo uma consistência de fato, e sim uma inegável fluidez. Segundo o doutrinador Fernando Tourinho Filho, a ordem pública pode ser interpretada como aquilo que se denomina de paz social, ou seja, uma tranquilidade no meio social em que se vive, afirmando ainda que, uma prisão que tenha como fundamento esta justificativa não mantém qualquer relação com o processo penal, posto que lhe é ausente aquilo que é exigido, ou seja, seu caráter cautelar. Entende ainda o citado autor que tal medida está associada ao mero entendimento do magistrado, à ideias preconcebidas, que

⁷⁰ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20100020135868 HBC. Rafael Batista dos Santos. Relator Silvânio Barbosa dos Santos. Acórdão 09/09/10. Publicado em 22/09/10. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

⁷¹ BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 73.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 559.

⁷³ CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 4/92, p. 89-93, outubro-dezembro de 1993. Apud BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 73.

de certa forma, podem acabar por induzir o órgão julgador, ainda que inconscientemente.⁷⁴ Com vistas a melhor demonstrar o pensamento do doutrinador, faz-se necessário transcrever um trecho de sua obra:

Ordem pública é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória.⁷⁵

“Comoção social”, “periculosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pela rádio ou televisão”, “credibilidade da Justiça”, “idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica ordem pública.⁷⁶

Aliás, diz-se ainda que ocorre um profundo rompimento com o princípio de legalidade quando da aplicação da prisão preventiva como garantia de ordem pública, justamente por se delinear como sendo um conceito indefinido, com caráter extremamente subjetivo, vago e com considerável amplitude.⁷⁷ A Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, Maria Ignez Baldez Kato, afirma ainda que, além do desrespeito ao princípio da legalidade, é exatamente neste conceito de ordem pública que se verifica um eventual caráter arbitrário das prisões, desrespeitando direitos e garantias fundamentais, bem como podendo dar ensejo a decisões injustas e ainda ilegais.⁷⁸ O princípio da legalidade, citado anteriormente, quando relacionado à prisão cautelar, deve ser limitado tão somente à existência legal da constrição de liberdade provisória do indivíduo de maneira taxativa, respeitando seus requisitos. Ainda, quando se trata de conceitos amplos e genéricos, entende-se que devem apresentar conceituações definidas em lei, justamente para o devido respeito com o princípio da legalidade, de modo que se afaste a possibilidade de decretação de uma prisão arbitrária.⁷⁹

De maneira que se entenda melhor a doutrina e a linha teórica apresentada por Maria Ignez Baldez Kato, faz-se necessário transcrever na presente pesquisa algumas palavras por ela proferidas em sua obra:

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 672.

⁷⁵ Ibidem, p. 672.

⁷⁶ Ibidem, p. 672.

⁷⁷ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des)razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2005. p. 117.

⁷⁸ Ibidem, p. 117.

⁷⁹ Ibidem, p. 116.

Ainda nessa vertente crítica sobre o requisito *ordem pública* como fundamento da preventiva, ressaltamos que sua aplicação também possui a função de conferir à sociedade efeito simbólico de punição, visando conferir uma aparente segurança social. Nesse caso, sendo usada também como instrumento de controle repressivo da *classe social perigosa*.⁸⁰

Roberto Delmanto Junior, transcrevendo o conceito de ordem pública elaborado por Basileu Garcia, definiu que, para a garantia de ordem pública, o magistrado, quando da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, deve pretender que o sujeito infrator não volte a cometer infrações penais, devendo o mesmo ter sua restrição de liberdade, justamente porque é de sua característica ser propenso à prática de novos delitos ou, estando em situação de liberdade, se encontraria ainda estimulado a praticar infrações, ou seja, encontraria aqueles mesmos estímulos relacionados à infração que cometeu anteriormente.⁸¹

Entretanto, Delmanto Junior propôs uma crítica ao conceito acima apresentado por Basileu Garcia, não concordando com o fundamento de que o acusado, estando em liberdade, poderá cometer outros delitos, posto que, partindo-se desta ideia, presume-se que o indivíduo realmente foi o autor do delito investigado, anteriormente à uma sentença condenatória transitado em julgado, e supõe ainda que este mesmo indivíduo praticará novos crimes.⁸² Além disso, Delmanto Junior não considera como correta a interpretação atribuída à ordem pública quando relacionada ao fato de se resguardar a integridade física de um indivíduo infrator.⁸³ Por sua vez, confrontando tal ideia apresentada pelo autor citado anteriormente, Paulo Alves Franco, Delegado de Polícia, afirma que ocorrerá perturbação da ordem pública caso exista a possibilidade de haver algum tipo de vingança contra o autor do crime.⁸⁴ Gabriel Bertin de Almeida acredita ser

⁸⁰ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des)razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2005. p. 120.

⁸¹ GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. p. 169-170. Apud DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2001. p. 177-178.

⁸² DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2001. p. 179.

⁸³ *Ibidem*, p. 180.

⁸⁴ FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em flagrante: preventiva e temporária**. Campinas. Lemos & Cruz Livraria e Editora, 2003. p. 311.

inadmissível tutelar-se a vida ou integridade física de um indivíduo restringindo sua liberdade.⁸⁵

Observando-se ainda o pensamento de Delmanto Junior, evidencia-se que caso presente a certeza da existência do delito cometido e dos indícios de autoria, poderá ser decretada a prisão preventiva com fulcro na correta manutenção da ordem pública⁸⁶, assim estabelecido pelo autor citado: “*naqueles casos em que as peculiaridades sejam repugnantes, [...] que se vislumbra maldade, sadismo, humilhação, emprego gratuito de violência física ou psíquica etc.*”⁸⁷

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a garantia de ordem pública é a hipótese de decretação de prisão preventiva que possui a maior amplitude e insegurança de interpretação. Tal expressão significa a imprescindibilidade, ou seja, a indispensabilidade de manutenção de determinada ordem no meio social, que por sua vez, é abalada com a prática de infrações criminais. Argumenta ainda o autor que, sendo o crime de relevante gravidade, com grande repercussão, que seja passível de causar reflexos traumáticos na sociedade, e ainda, de proporcionar sentimento de injustiça, impunidade, ou de insegurança, deve o Poder Judiciário determinar o recolhimento deste indivíduo infrator à prisão.⁸⁸

Afirma ainda Guilherme de Souza Nucci que não deverá ser decretada a prisão preventiva fundada na ordem pública argumentando-se quanto à segurança do acusado, ou seja, sob o fundamento de que este indivíduo estará mais seguro quando se encontrar sob a custódia do Estado, posto que nas ruas poderá sofrer vingança de terceiros ou de parentes da vítima.⁸⁹

Observa-se que muitos julgados costumam apresentar definições do que seria a ordem pública tais como a credibilidade do Poder Judiciário, como sendo a necessidade de se resguardar o meio social em que vivemos, relaciona ainda tal

⁸⁵ BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 73.

⁸⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2001. p. 182.

⁸⁷ Ibidem, p. 182.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 559.

⁸⁹ Ibidem, p. 560.

conceito à gravidade do delito cometido pelo indivíduo infrator, além de acrescentar o clamor público causado na sociedade.⁹⁰

Conforme a doutrina apresentada por Mirabete, este segue o mesmo entendimento, afirmando que a ordem pública significa a prevenção da repetida produção de novos fatos criminosos, bem como a cautela necessária ao meio social e à credibilidade da justiça, porquanto deve ser observada a gravidade do delito cometido, bem como a repercussão causada na sociedade em face do cometimento do mesmo.⁹¹

Gabriel Bertin de Almeida, em seu artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, argumenta que a prisão preventiva para a salvaguarda da ordem pública não pode ser cabível quando refere-se à manutenção da credibilidade do Poder Judiciário, da mesma forma, não é cabível quanto à necessidade de se acautelar o meio social, tampouco quando refere-se à gravidade do delito, e ainda, quando existir o aparente clamor público.⁹²

Defende ainda o autor em seu artigo, que a questão quanto à periculosidade do agente, ou seja, critério em que se observa como o indivíduo é considerado potencialmente perigoso, quando da análise de duas esferas aparentes, a primeira relacionando-se ao fato de que o agente cometeu novos delitos, a segunda, é a possibilidade de vir ainda a cometê-los.⁹³

No primeiro caso, não há que se falar em presunção de periculosidade, posto que somente se o agente cometer um novo crime, posterior ao primeiro cometido (que ensejou a prisão preventiva) o agente poderia ser preso. Afirma que a periculosidade só poderia embasar uma prisão preventiva se o acusado continuar com a prática de crimes, repelindo-se quaisquer presunções.⁹⁴

Já em relação ao segundo caso, quando da decretação da prisão preventiva fundada na ordem pública em razão da possibilidade do agente vir a

⁹⁰ BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 73.

⁹¹ MIRABETE, Julio F. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo. Atlas, 1994. p. 371. Apud BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 73.

⁹² BERTIN DE ALMEIDA, op. cit., p. 75.

⁹³ Ibidem, p. 75.

⁹⁴ Ibidem, p. 75.

cometer novos delitos, percebe-se que muitos daqueles que se posicionam desta maneira apontam como indícios da periculosidade do agente a reincidência e os maus antecedentes, havendo, caso o agente permaneça em liberdade, o que ensina Fernando Capez:⁹⁵

Evidente perigo social decorrente da demora em aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos. Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese.⁹⁶

Argumenta ainda Gabriel Bertin de Almeida, que o entendimento jurisprudencial dominante, já a partir de 2003, em nosso ordenamento jurídico é de que a ordem pública estará resguardada quando decretada de maneira relacionada à periculosidade do agente que comete delitos, entretanto, tal periculosidade muitas vezes é analisada de maneira presumida. Conclui-se, portanto, que a credibilidade da justiça, bem como a necessidade de acautelamento do meio social, a gravidade do delito, e também o clamor público já naquela época não era mais suficiente para impor a decretação da prisão preventiva com fulcro na ordem pública, comportando, é claro, exceções ainda encontradas em determinadas decisões judiciais.⁹⁷

Sendo assim, percebe-se a importância de se analisar a questão da periculosidade do agente infrator para a decretação da prisão preventiva fundamentada na ordem pública.⁹⁸ Observa-se que, no ano de 2003, já havia certa consolidação deste entendimento, qual seja, a decretação de tal modalidade prisional em função da periculosidade do agente infrator, isto porque a prevenção especial negativa traduz-se como sendo a única forma de prevenção que possui caráter exclusivamente instrumental.⁹⁹

⁹⁵ BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 76.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo. Saraiva, 1997. p. 213. Apud BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 76.

⁹⁷ BERTIN DE ALMEIDA, op. cit., p. 77.

⁹⁸ Ibidem, p. 77.

⁹⁹ Ibidem, p. 79.

Para um melhor esclarecimento da afirmação acima, é indispensável que se explique, resumidamente, a questão da prevenção geral e especial em nosso ordenamento jurídico.

A prevenção geral atua sobre os cidadãos em geral, ou seja, sobre toda a sociedade. Por outro lado, a prevenção especial refere-se somente ao indivíduo submetido à prisão. Tais formas de prevenção dividem-se em duas, quais sejam positiva e negativa. Assim, na prevenção geral positiva, a pena possui a função de estabelecer que existem normas que devem ser seguidas por todos, e quando não observadas, serão impostas sanções previstas no ordenamento jurídico. Já a prevenção geral negativa possui a finalidade de intimidar possíveis infratores, a pena aplicada deverá atuar como um exemplo, desencorajando aquele interessado em cometer crimes.¹⁰⁰

Quanto à prevenção especial positiva, a pena imposta ao sujeito infrator atuará como elemento ressocializador, procurando que este indivíduo seja reinserido no ambiente social, na comunidade. Por sua vez, a prevenção especial negativa é decorrente da necessidade de evitar que o agente infrator retorne à prática de delitos. É a chamada inocuização, reinserindo o sujeito infrator no meio social, evitando novas ações danosas.¹⁰¹

Afirma-se que a prevenção, tanto geral, positiva e negativa, quanto a prevenção especial positiva não podem ser consideradas como fundamentos da prisão cautelar, posto que não está presente nestes casos a instrumentalidade necessária às prisões cautelares. Sendo assim, diz-se que o caráter intimidador, a confiança no sistema penal e o caráter ressocializador não devem estar presentes na prisão cautelar, pois contrariam o princípio da presunção de inocência. Seguindo a mesma linha de pensamento, tem-se que a credibilidade do Poder Judiciário, a cautela com o meio social, a gravidade do delito e o clamor público possuem função de prevenção geral, o que é inadmissível.¹⁰²

Contudo, a inocuização, presente na prevenção especial negativa, se concretiza como fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva

¹⁰⁰ BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 77.

¹⁰¹ Ibidem, p. 77.

¹⁰² Ibidem, p. 78.

com fulcro na ordem pública, porquanto a prisão cautelar se configuraria somente em caráter instrumental, impedindo que o agente infrator pratique outros delitos.¹⁰³

Apesar de apresentar na presente pesquisa a ambiguidade e o caráter abstrato que podem envolver determinados aspectos do conceito de ordem pública, sabe-se que para uma convivência social equilibrada e harmoniosa, é absolutamente necessário observar que em determinados casos configura-se como imprescindível a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, entretanto, não é razoável que tais decisões sejam fundadas em menções genéricas e à simples menção do artigo 312 do Código de Processo Penal.¹⁰⁴ Para uma melhor elucidação do tema, faz-se necessário trazer um trecho de um artigo publicado por meio eletrônico, divulgado pela internet, encontrando-se no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, elaborado pela magistrada Rejane Jungbluth, conforme abaixo transcrito:

A praxe judiciária evidencia que as decisões judiciais vêm revestidas, muitas vezes, de fundamentação direcionada à necessidade de se assegurar a ordem pública de modo genérico, sem observar os fatos concretos das práticas delitivas que exigem a restrição da liberdade dos acusados. A “garantia da ordem pública” admite tamanha elasticidade interpretativa, que acaba sendo confundida com o clamor da sociedade ou mesmo com situações em que se pretende, a rigor, antecipação de pena.¹⁰⁵

Destaca-se, portanto, o pensamento transcrito acima da magistrada citada, porquanto afirma e confirma aquilo que já foi afirmado anteriormente na presente pesquisa, ou seja, o quão abstrato tal conceito e fundamento pode ser, dispendo ainda Rejane Jungbluth quanto à aplicação da prisão preventiva com fulcro na ordem pública, que pode, por sua elasticidade, ser aplicada de maneira genérica, afirmando a existência de tamanha liberdade interpretativa, que pode então ensejar que uma prisão com caráter provisório incorpore caráter de antecipação de pena.¹⁰⁶

¹⁰³ BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003. p. 78.

¹⁰⁴ JUNGBLUTH, Rejane. A atual percepção da prisão preventiva. <http://www.tjdft.jus.br>. [online]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=12198>. Acesso em: 21/10/10.

¹⁰⁵ JUNGBLUTH, Rejane. A atual percepção da prisão preventiva. <http://www.tjdft.jus.br>. [online]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=12198>. Acesso em: 21/10/10.

¹⁰⁶ JUNGBLUTH, Rejane. A atual percepção da prisão preventiva. <http://www.tjdft.jus.br>. [online]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=12198>. Acesso em: 21/10/10.

Não se pode, portanto, de maneira alguma, autorizar o estabelecimento de uma prisão cautelar sem que se verifique a estrita necessidade de tal prisão. Ademais, a aplicação da prisão cautelar deve se apegar necessariamente à sua finalidade específica, qual seja a tutela de certos interesses, entre eles, aqueles valorados pela ordem pública, porquanto ninguém deverá ser mantido ou submetido a uma prisão sem que exista observância dos elementos que a autorizam.¹⁰⁷ O problema que existe, é que não há em nosso ordenamento um consenso sobre o que seria a ordem pública, configurando-se como um conceito que possui grande amplitude, dando ensejo a certa insegurança quando de sua interpretação, abrindo a possibilidade de uma interpretação abstrata e subjetiva, despertando desta maneira, um sentimento de injustiça.¹⁰⁸

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

¹⁰⁸ Idem. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 559.

3 O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Conforme visto anteriormente, o conceito estabelecido para a ordem pública é bastante amplo, podendo configurar-se de diversas maneiras. Assim, para um melhor tratamento crítico acerca do tema em questão, faz-se necessário proceder à análise daquilo que é entendido e definido, em julgados mais recentes pelos tribunais brasileiros, como ordem pública para a decretação da prisão preventiva, com enfoque no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Com a alteração de diversos dispositivos da legislação processual penal, e o conseqüente advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, o instituto da prisão preventiva manteve-se, quase que em sua totalidade, inalterado, não havendo alterações nos requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Observa-se que o legislador poderia ter procedido com maior ousadia na elaboração da citada legislação atual, apresentando um conceito e maiores detalhamentos daquilo que seria a ordem pública, entretanto, optou por continuar silente na questão, talvez para que continue sendo o magistrado aquele que exprima tal conceituação no caso concreto.¹⁰⁹

Contudo, à garantia de ordem pública deverá ser atribuído um entendimento e significado concreto, que não se limite ou se inicie por presunções ou conclusões, tais como deduções que expressem uma gravidade abstrata sobre qualquer infração criminal.¹¹⁰ Sendo assim, o presente capítulo da pesquisa desenvolvida tratará de como é o entendimento dos magistrados a respeito do tema, com enfoque em determinadas decisões proferidas em nosso ordenamento jurídico atual.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

¹¹⁰ Ibidem, p. 63.

Antes de iniciar-se o tratamento proferido pela jurisprudência à questão, cabe mais uma vez explicitar o que seria a ordem pública na doutrina, conforme discorre Guilherme de Souza Nucci:

A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como *gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa*.¹¹¹

Assim, entende-se que a gravidade concreta do delito possui como fulcro o fato em si aliado às suas circunstâncias e consequências, sendo papel do juiz do caso concreto procurar tal concretude de gravidade, de maneira que não torne a prisão preventiva, entendida como uma prisão cautelar, algo banal, porquanto se configura como exceção somente, e não regra. Desta maneira, é necessário uma análise crítica por parte do magistrado, posto que um crime considerado abstratamente como um delito grave, nem sempre poderá apresentar caráter de gravidade concreta no caso a ser julgado.¹¹²

O doutrinador Nucci também faz referência quanto à repercussão social causada por determinado delito como autorizador da decretação da prisão preventiva fundada na ordem pública, afirmando que tal requisito não deverá ser destacado pela influência causada pela mídia e pelos meios de comunicação, mas sim o fato de que o Poder Judiciário deverá ter atenção quanto aos delitos que poderão repercutir em uma determinada comunidade, em maior ou menor grau de relevância, dependendo do caso concreto. Sendo assim, o Judiciário precisa levar em consideração casos que gerem grande comoção, descrédito do Poder em questão na maneira de aplicar e proferir justiça, ou seja, que dê ensejo a uma insegurança na sociedade.¹¹³

Quanto à maneira destacada de execução, atenta-se para um crime de caráter excepcional, ou seja, um delito apto a demonstrar variados aspectos de criminalidade. Há o entendimento de que tal requisito é capaz de provocar uma profunda repercussão social negativa, havendo sido detectado pelos tribunais, com

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

¹¹² Ibidem, p. 64.

¹¹³ Ibidem, p. 64.

o decorrer do tempo, constituindo, atualmente, uma das razões hábeis a fundamentar a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública.¹¹⁴

Por fim, no que tange às condições pessoais negativas, dizem respeito à personalidade, aos antecedentes bem como à conduta social do agente delituoso, sendo motivo de preocupação o fato de o sujeito ser reincidente em crime doloso, possuir antecedentes criminais, além de demonstrar uma personalidade voltada ao sadismo, perversidade ou maldade. Quanto à referência à quadrilha, bando ou organização criminosa, entende-se que tais grupos constituem fatores de intranquilidade social, porquanto, atingido o crime altos níveis de organização, mais debilitada ficará a paz social.¹¹⁵

Cumpra, anteriormente à análise jurisprudencial, destacar o prescrito no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, o qual faz referência às decisões fundamentadas emanadas pelo Poder Judiciário¹¹⁶, assim prescrevendo:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...¹¹⁷

Desta forma, entende-se que quaisquer julgamentos submetidos aos órgãos constitutivos do Poder Judiciário possuem caráter público e as decisões deverão ser revestidas de fundamentação, sob pena de que seja caracterizada uma forma de nulidade.¹¹⁸

Superada a breve explanação sobre quais elementos podem configurar-se como autorizadores da prisão preventiva com fulcro na garantia de ordem pública, observados na doutrina de Guilherme Nucci¹¹⁹, além de se observar o caráter que as decisões judiciais devem adotar, referente à publicidade e

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

¹¹⁵ Ibidem, p. 65.

¹¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo. Paloma, 2003. p. 139.

¹¹⁷ AFONSO DA SILVA, José. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo. Malheiros editores, 2010. p. 513.

¹¹⁸ CAPEZ, op. cit., p. 139.

¹¹⁹ NUCCI, op. cit., p. 64.

motivação das decisões¹²⁰, a presente pesquisa abordará o tratamento e entendimento adotado em determinados órgãos do Poder Judiciário.

Em busca de aprofundar o conceito da garantia da ordem pública na jurisprudência, observa-se o entendimento proferido pela desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Sandra de Santis, relatora do caso em questão, conforme a ementa a seguir:

HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE LATROCÍNIO – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – LIBERDADE PROVISÓRIA – DENEGAÇÃO.

I. Presentes indícios de autoria e materialidade do crime, bem como a necessidade de garantia da ordem pública, a prisão cautelar deve ser mantida.

II. Eventuais condições favoráveis, ainda que comprovadas, não obstam a segregação, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP.

III. As circunstâncias em que praticado o delito demonstram que as medidas do art. 319 do CPP são inadequadas à hipótese.

IV. Ordem denegada.¹²¹

No caso acima apresentado, o paciente alegou a ausência dos requisitos fundamentais para a decretação da prisão preventiva, afirmando tratar-se de indivíduo que não possui a seu desfavor maus antecedentes criminais, possui residência fixa e exerce trabalho lícito, segundo as palavras do impetrante, concluindo que não há que se falar em justa causa para a manutenção da cessação de liberdade, invocando o princípio da presunção de inocência para dar maior fundamento às suas alegações.¹²²

Em seu voto, a relatora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, afirmou que o crime apontado, ou seja, a tentativa de latrocínio, foi praticada envolvendo aquilo que denominou como “extrema covardia e descaso com

¹²⁰ CAPEZ, Fernando. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo. Paloma, 2003. p. 139.

¹²¹ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

¹²² BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011. p. 2.

a vida alheia".¹²³ Em relação ao caso, há ainda o relato de como se sucedeu o suposto crime de latrocínio, em que o paciente do presente *Habeas Corpus* em análise, Marcos Vinícius de Mourão da Silva, era um dos indivíduos que ocupava o veículo que deu fuga ao autor de quatro disparos de arma de fogo, tendo o último projétil acertado a nuca da vítima, que se encontrava em uma parada de ônibus.¹²⁴

Desta forma, a desembargadora relatora do caso posto, assim afirmou quanto à conceituação de ordem pública:

O conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a aplicação da lei penal. Além da gravidade concreta do delito, os fatos denotam a ousadia e o menosprezo às normas.¹²⁵

É válido ainda ressaltar que a relatora prescreveu que, estando o paciente do *Habeas Corpus* em liberdade, a ordem pública estaria definitivamente ameaçada, tendo-se em vista a maneira com que os fatos delituosos ocorreram. Assim, a questão de ser réu primário, possuir bons antecedentes e residência fixa não se comportariam como um obstáculo à manutenção da prisão preventiva fundada na ordem pública, porquanto ainda estão presentes os requisitos mencionados no artigo 312 do Código de Processo Penal.¹²⁶

Por fim, quanto ao princípio da presunção de inocência arguido pelo impetrante do presente *Habeas Corpus*¹²⁷, é importante transcrever um trecho do

¹²³ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011. p. 2.

¹²⁴ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011. p. 2.

¹²⁵ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011. p. 2.

¹²⁶ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011. p. 3.

¹²⁷ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011. p. 2.

voto da relatora, porquanto demonstra dirimir quaisquer dúvidas quanto à afronta de tal princípio constitucional:

A previsão do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, garantidora da presunção de inocência, não é afrontada pela prisão cautelar. A medida, ainda que excepcional, a teor do disposto nos incisos LIV e LXI do citado artigo, não se fundamenta em cumprimento antecipado da pena eventualmente imposta, mas em bases cautelares ante um juízo de necessidade da medida.¹²⁸

Da análise da ementa acima apresentada, foi possível observar o conceito de ordem pública aplicado ao caso concreto, entretanto, para uma análise crítica sobre o tema da presente pesquisa, é necessária a observação de variados conceitos apresentados. Dessa maneira, ainda no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, seguirá a observação de mais um julgado, conforme a seguinte ementa abaixo transcrita:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. DESTEMOR E MENOSPREZO PELA ORDEM JURÍDICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. Não configura constrangimento ilegal a manutenção da prisão cautelar do paciente, com fundamento na presença de indícios de autoria e prova da materialidade, aliada à necessidade da constrição por se tratar de paciente reincidente, que reitera na prática delitiva, evidenciando que sua liberdade representa risco à ordem pública.
2. A folha penal do paciente mostra-se como fundamento idôneo a justificar a necessidade da sua constrição cautelar para a garantia da ordem pública, uma vez que evidencia sua periculosidade em concreto.
3. Ordem denegada para manter a decisão que indeferiu a liberdade provisória ao paciente.¹²⁹

No caso em questão, observadas as questões referentes à prisão preventiva com fulcro na garantia de ordem pública, a Defensoria Pública do Distrito

¹²⁸ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011. p. 3.

¹²⁹ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020138775HBC. Suelio Galdino Ferreira. Relator Roberval Casemiro Belinati. Acórdão 18/08/2011. Publicado em 30/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

Federal, impetrante do *Habeas Corpus* em análise, sustentou que haveria afronta ao que prescreve a ordem constitucional enquanto for mantida a prisão do paciente, porquanto haveria uma subversão de valores, auferindo-se como regra aquilo que seria uma exceção, ou seja, a restrição de liberdade do agente apontado como provável infrator. Afirma ainda a defesa que há um inegável equívoco na utilização da folha de antecedentes criminais do paciente com a finalidade de se observar sua periculosidade, argumentando que, existindo apenas um registro criminal, não há como apontar a certeza de que réu voltará a cometer delitos, caso seja posto em liberdade.¹³⁰

Sustenta ainda a Defensoria Pública do Distrito Federal que estão ausentes os requisitos contemplados no artigo 312 do Código de Processo Penal, autorizadores da decretação da prisão preventiva, não havendo, portanto, que se falar em instauração de medida cautelar do paciente, em nenhuma das hipóteses elencadas no dispositivo legal,¹³¹ quais sejam a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou ainda, garantia de aplicação da lei penal, aliado à materialidade e aos indícios suficientes de autoria.¹³²

O relator do caso concreto anteriormente elucidado, desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Roberval Casemiro Belinati afirmou que o paciente realmente possui o chamado antecedente criminal, configurando, desta maneira, reincidência, e assim, dando ensejo à aplicação da prisão preventiva, conforme previsto no artigo 313, inciso II do Código de Processo Penal¹³³, que estabelece: “Nos termos do art. 312 [...], será admitida a decretação da

¹³⁰ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020138775HBC. Suelio Galdino Ferreira. Relator Roberval Casemiro Belinati. Acórdão 18/08/2011. Publicado em 30/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011. p. 2.

¹³¹ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020138775HBC. Suelio Galdino Ferreira. Relator Roberval Casemiro Belinati. Acórdão 18/08/2011. Publicado em 30/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011. p. 2.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

¹³³ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020138775HBC. Suelio Galdino Ferreira. Relator Roberval Casemiro Belinati. Acórdão 18/08/2011. Publicado em 30/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011. p. 3.

prisão preventiva: II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado [...]”.¹³⁴ Em seu voto, o relator assim referendou:

Assim, tem-se que a decisão objurgada motivou a necessidade da manutenção da prisão do paciente, preso em flagrante, na existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, aliada ao requisito de garantia da ordem pública, tendo em vista que o paciente é reincidente, possuindo condenação pela prática de crime de lesão corporal de natureza grave transitada em julgado, apresentando, portanto, base empírica idônea, justificada pela reiteração criminosa, de modo a mostrarem-se incabíveis e inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão introduzidas pela Lei nº 12.403/2011.¹³⁵

Desta forma, entende o relator citado que a folha de antecedentes penais do ora acusado é meio suficiente e idôneo para justificar e apurar a necessidade de instauração da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, porquanto está evidenciada a periculosidade do agente infrator, que ainda insiste na prática de novos delitos.¹³⁶

Seguindo com a análise casuística da garantia de ordem pública no que se refere à prisão preventiva, os próximos julgados a serem observados e descritos são aqueles que possuem tramitação processual no Superior Tribunal de Justiça, a fim de que se possa evidenciar o posicionamento de outro tribunal, que não somente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, analisado anteriormente.

Assim, o caso a seguir trata-se de um pedido de *Habeas Corpus*, em que houve uma supressão da liberdade em razão da prisão preventiva fundada na manutenção da ordem pública, conforme observado na seguinte ementa¹³⁷:

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

¹³⁵ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020138775HBC. Suelio Galdino Ferreira. Relator Roberval Casemiro Belinati. Acórdão 18/08/2011. Publicado em 30/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011. p. 3.

¹³⁶ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020138775HBC. Suelio Galdino Ferreira. Relator Roberval Casemiro Belinati. Acórdão 18/08/2011. Publicado em 30/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011. p. 4.

¹³⁷ BRASIL/PIAUI/TERESINA. Superior Tribunal de Justiça. HC 181232. Antônio Francisco Rodrigues Coelho. Relator Gilson Dipp. Acórdão 23/08/2011. Publicado em 31/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. FURTO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ÓBICE AO APELO EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE INSTRUÇÃO CRIMINAL. REGIME SEMIABERTO. PACIENTE MANTIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL APTO AO DESCONTO DA PENA EM MEIO INTERMEDIÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADO. PLEITO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DO BENEFÍCIO CONCEDIDO A CORRÉUS PELA CORTE A QUO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA-PROCESSUAL. ORDEM DENEGADA.

I. Reiteração de condutas criminosas que denota ser a personalidade do réu voltada para a prática delitiva, obstando a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública, ante a concreta possibilidade de reiteração delitiva (Precedentes).

II. Com a sua transferência para estabelecimento prisional adequado ao desconto da pena em meio semiaberto, resta sanada a arbitrariedade na manutenção do réu em regime mais gravoso daquele imposto na sentença, não se inferindo ofensa ao princípio da proporcionalidade.

III. Hipótese na qual o Colegiado de origem determinou a expedição de alvará de soltura em favor dos corréus pois esses permaneciam em meio mais severo do que o imposto no decreto condenatório, sendo que, em relação ao paciente, quando do julgamento do writ originário, o Juízo processante já havia expedido guia de reconhecimento em regime semiaberto.

IV. Não se verifica similitude fática-processual a ensejar a concessão da ordem por extensão ao ora paciente dos efeitos do benefício deferido aos corréus, nos termos do art. 580 do CPP.

V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.¹³⁸

No caso apresentado, o paciente do citado *Habeas Corpus* foi denunciado pela suposta prática dos delitos enunciados nos artigos 155, §4º, incisos I e IV, c/c artigo 14, além do artigo 288, todos constantes no Código Penal. O órgão do Poder Judiciário ao qual foi encaminhada a denúncia optou por decretar a prisão preventiva do paciente, com a finalidade de garantir a ordem pública, objeto de estudo da presente pesquisa, além de garantir a correta aplicação da lei penal.¹³⁹

O impetrante do *Habeas Corpus* em questão alega não existir nenhuma razão suficiente para que a prisão preventiva seja aplicada ao caso

¹³⁸ BRASIL/PIAÚÍ/TERESINA. Superior Tribunal de Justiça. HC 181232. Antônio Francisco Rodrigues Coelho. Relator Gilson Dipp. Acórdão 23/08/2011. Publicado em 31/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

¹³⁹ BRASIL/PIAÚÍ/TERESINA. Superior Tribunal de Justiça. HC 181232. Antônio Francisco Rodrigues Coelho. Relator Gilson Dipp. Acórdão 23/08/2011. Publicado em 31/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 1.

analisado, de acordo com o que consta no artigo 312 do Código de Processo Penal, insurgindo-se ainda com o que aduz configurar-se como indubitável desrespeito ao princípio da presunção de inocência.¹⁴⁰

Em seu voto, o relator do caso concreto, ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, em se tratando do tema abordado na presente pesquisa, entendeu como coerente a decretação da prisão preventiva com fulcro na garantia da ordem pública, porquanto trata-se de indivíduo que possui a seu desfavor a existência de outras duas ações penais em tramitação, sendo necessária a vedação de liberdade proferida pelo juízo *a quo*.¹⁴¹

Afirma ainda o relator em seu voto, que a recorrência demonstrada em ações penais pelo paciente, Antônio Francisco Rodrigues Coelho, vem a comprovar que sua personalidade está voltada à atuação criminosa, não havendo possibilidade de qualquer revogação da medida restritiva de liberdade a qual foi submetido.¹⁴² Assim, no que se refere à garantia de ordem pública, o ministro do Superior Tribunal de Justiça assim entende:

Como cediço, a reiteração de condutas criminosas, o que denota ser a personalidade do réu voltada a prática delitiva, obsta a revogação da medida constritiva para a garantia da ordem pública.

Nesse contexto, ante a concreta possibilidade de reiteração delitiva, mister se faz reconhecer a necessidade da manutenção da medida constritiva de liberdade, em garantia da ordem pública.¹⁴³

Além da exposição do posicionamento do ministro Gilson Dipp, cabe ainda analisar outro caso concreto em tramitação também no Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de *Habeas Corpus* com relatoria do ministro OG Fernandes, em

¹⁴⁰ BRASIL/PIAUÍ/TERESINA. Superior Tribunal de Justiça. HC 181232. Antônio Francisco Rodrigues Coelho. Relator Gilson Dipp. Acórdão 23/08/2011. Publicado em 31/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 2.

¹⁴¹ BRASIL/PIAUÍ/TERESINA. Superior Tribunal de Justiça. HC 181232. Antônio Francisco Rodrigues Coelho. Relator Gilson Dipp. Acórdão 23/08/2011. Publicado em 31/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 4.

¹⁴² BRASIL/PIAUÍ/TERESINA. Superior Tribunal de Justiça. HC 181232. Antônio Francisco Rodrigues Coelho. Relator Gilson Dipp. Acórdão 23/08/2011. Publicado em 31/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 4.

¹⁴³ BRASIL/PIAUÍ/TERESINA. Superior Tribunal de Justiça. HC 181232. Antônio Francisco Rodrigues Coelho. Relator Gilson Dipp. Acórdão 23/08/2011. Publicado em 31/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 4.

que se discute a decretação da prisão preventiva¹⁴⁴, conforme ementa a seguir descrita:

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO FATO CRIMINOSO. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. RISCO À ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. Como é sabido, a custódia cautelar, da qual a preventiva é uma das espécies, é medida de exceção em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, só podendo ser decretada ou mantida em situações excepcionais, quando houver imperiosa necessidade, se atendidos, é claro, os requisitos legais estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. No caso, a periculosidade dos agentes, revelada pelas circunstâncias em que o crime de roubo à mão armada foi cometido, contra três vítimas, autoriza a prisão cautelar, de modo a se resguardar a ordem pública.

3. Portanto, mostra-se correta a decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, cujo decreto se encontra devidamente fundamentado em fatos concretos que demonstram a presença dos requisitos legais.

4. Habeas corpus denegado.¹⁴⁵

O caso acima retratado em ementa refere-se ao *Habeas Corpus* impetrado em favor do paciente, submetido à prisão preventiva, em razão de supostamente praticar os delitos tipificados no artigo 157, §2º, incisos I e II do Código Penal, frisando-se que a suposta prática teria ocorrido por três vezes. O Impetrante alega que os requisitos suficientes para a autorização da medida restritiva de liberdade imposta ao paciente não estão presentes, havendo ainda ausência de fundamentação do decreto autorizador da medida aplicada.¹⁴⁶

O relator, ministro OG Fernandes, fundamenta seu posicionamento afirmando inicialmente quanto ao caráter excepcional da prisão preventiva, fundamentalmente em razão do princípio da presunção de inocência, devendo esta ser somente aplicada quando há estrita necessidade, além da observação do

¹⁴⁴ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. HC 118085. Leonardo Souza Lima. Relator OG Fernandes. Acórdão 17/02/2009. Publicado em 09/03/2009. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 17 de setembro de 2011.

¹⁴⁵ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. HC 118085. Leonardo Souza Lima. Relator OG Fernandes. Acórdão 17/02/2009. Publicado em 09/03/2009. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 17 de setembro de 2011.

¹⁴⁶ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. HC 118085. Leonardo Souza Lima. Relator OG Fernandes. Acórdão 17/02/2009. Publicado em 09/03/2009. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 17 de setembro de 2011. p. 1.

prescrito no artigo 312 do Código de Processo Penal. Afirma que, auferindo-se a periculosidade do agente infrator, evidenciada pela maneira com que o delito foi supostamente cometido, é fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva com fulcro na garantia de ordem pública.¹⁴⁷

É necessário ainda analisar determinados julgados que estão tramitando no Supremo Tribunal Federal, a fim de que se observe o entendimento mais recente neste órgão do Poder Judiciário sobre como é tratada e entendida a questão de ordem pública quando da decretação da prisão preventiva. Desta forma, o caso concreto apresentado envolve a impetração de *Habeas Corpus*, em favor de Erivan Viturino Ramos, que conta como relator o ministro Gilmar Mendes.¹⁴⁸ Conforme a seguinte ementa:

Habeas Corpus. 2. Demora no julgamento do HC impetrado no STJ. Perda superveniente do objeto. 3. Alegada falta de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva. Não ocorrência. Necessidade de resguardar a ordem pública e também a instrução criminal. 4. Excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal. Não ocorrência. 5. Ordem denegada.¹⁴⁹

No caso em questão, o *Habeas Corpus* é referente a uma ação penal movida em desfavor do paciente, em que atua como réu em uma suposta prática de formação de quadrilha, consoante o artigo 288, parágrafo único; extorsão, prevista no artigo 158; concussão, tipificada no artigo 316; corrupção passiva, segundo o artigo 317; além de corrupção ativa, conforme o artigo 333; prevaricação, encontrada no artigo 319; facilitação ao contrabando, de acordo com o artigo 318; bem como utilização de material de importação proibida, previsto no artigo 334, §§ 1º e 2º, todos constantes no Código Penal; além da suposta prática de crimes contra a economia popular, observados na Lei nº 1.521/1951, referentes à utilização de máquinas caça-níqueis, supostamente cometidos em Niterói e São Gonçalo,

¹⁴⁷ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. HC 118085. Leonardo Souza Lima. Relator OG Fernandes. Acórdão 17/02/2009. Publicado em 09/03/2009. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 17 de setembro de 2011. p. 4.

¹⁴⁸ BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Viturino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 1.

¹⁴⁹ BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Viturino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

municípios do Rio de Janeiro, conforme o relatório apresentado na apreciação do citado *Habeas Corpus*.¹⁵⁰

Conforme o relatório do ministro Gilmar Mendes, observa-se que no caso do paciente em questão, Erivan Viturino, a prisão temporária a que foi submetido, decretada pela 4ª Vara Criminal de Niterói/RJ, foi convertida em prisão preventiva, essencialmente em razão de supostamente praticar crimes tipificados nos artigos 158, 288, parágrafo único, bem como o delito indicado no artigo 318, todos constantes no Código Penal. Assim, entende o relator do presente caso analisado, que a conversão da prisão temporária em preventiva ocorreu devido à necessidade de se garantir a ordem pública, objeto de estudo da presente pesquisa, bem como resguardar a instrução criminal.¹⁵¹

Em seu voto, o relator afirmou quanto aos fundamentos necessários e indicados na legislação para a decretação da prisão preventiva, constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal, afirmando ainda que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as variadas decisões norteiam quanto à aplicação de tal constrição de liberdade, afirmando que, para a instauração de uma eventual prisão preventiva, não basta somente a evocação literária do texto da lei explicitando os requisitos previstos, mas sim a demonstração concreta de que esta modalidade prisional é realmente imprescindível.¹⁵² Para uma melhor elucidação do exposto, cabe a transcrição literal do fundamento utilizado pelo ministro relator do caso em questão:

Dessarte, a tarefa de interpretação constitucional para análise de excepcional situação jurídica de constrição de liberdade exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados.

Bem analisados os argumentos expendidos pelo Juízo de origem, observo que a manutenção da prisão preventiva tomou como motivação a necessidade de resguardar a ordem pública, considerando o *modus operandi* nos vários crimes perpetrados pelo paciente empiricamente documentado nos autos, demonstrando a

¹⁵⁰ BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Viturino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 2.

¹⁵¹ BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Viturino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 2.

¹⁵² BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Viturino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 6.

sua possível periculosidade para a tranquilidade do meio social, dada a concreta probabilidade, e não meramente hipotética, de reiteração delitiva.¹⁵³

Referenda ainda seu entendimento, afirmando que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende como sendo cabível legalmente a aferição de que seja decretada a prisão preventiva, fundamentada na garantia de ordem pública, baseada na concreta possibilidade de reiteração delitiva por parte do agente infrator.¹⁵⁴

Destaca-se ainda no caso analisado o voto do também ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, em que especifica quanto à prisão preventiva contestada pelo impetrante, assim discorrendo:

[...] efetivamente, decreto dessa natureza não pode ser genérico e abstrato, porque termina sendo também impessoal. E essas características da generalidade, impessoalidade e abstratividade são da lei, em sentido material, não propriamente de um decreto.

[...] encontro elementos concretos, sinalizadores da periculosidade social do paciente, periculosidade envolta numa atmosfera de formação de quadrilha, permanente, armada, atuando no seio do próprio Estado e combatendo as próprias ações de segurança pública aí desenvolvidas.

[...] se abre para o decreto prisional essa possibilidade de se estabelecer um vínculo [...] entre garantia da ordem pública, fundamento do decreto, e a possibilidade de reiteração do delito imputado, concreta probabilidade de reiteração do delito imputado ao ora paciente.¹⁵⁵

Seguindo na análise jurisprudencial ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o caso apreciado a seguir, de relatoria do ministro Dias Toffoli, aborda mais uma vez a legitimidade da decretação de prisão preventiva com fulcro

¹⁵³ BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Viturino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 7.

¹⁵⁴ BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Viturino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 7.

¹⁵⁵ BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Viturino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 14.

na garantia da ordem pública, conseguinte o presente *Habeas Corpus*¹⁵⁶ abaixo discriminado:

Habeas corpus. Processual penal. Homicídio qualificado. Prisão em estabelecimento penal em condições inadequadas. Questão não analisada na decisão impugnada. Impossibilidade de conhecimento do writ sob esta óptica. Dupla supressão de instância. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Precedentes. Ordem parcialmente conhecida e denegada. 1. [...] 2. A análise da segregação cautelar do paciente autoriza o reconhecimento de que existem fundamentos concretos e suficientes para justificar a privação processual da sua liberdade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, especialmente em razão da gravidade em concreto da ação delituosa e de sua reiteração. 3. Aliás, esta Suprema Corte já decidiu que "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007)." (HC nº 98.130/RJ, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 12/2/10). 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa medida, denegado.¹⁵⁷

No presente caso, o impetrante procurou revogar a decretação da prisão preventiva fundada na ordem pública, alegando não existir fundamentação idônea para a justificação da devida necessidade da constrição de liberdade, alegando ainda estarem ausentes os elementos indicados no artigo 312 do Código de Processo Penal.¹⁵⁸ O relator entende, por sua vez, que não há que se falar em qualquer ilegalidade, porquanto foi baseada em fatos concretos, evidenciados essencialmente pela periculosidade do indivíduo acusado, observada pela suposta formação de quadrilha atuando na área de tráfico de entorpecentes, e evidenciada

¹⁵⁶ BRASIL/ESPÍRITO SANTO/VILA VELHA. Supremo Tribunal Federal. HC 104.332. Magno Solete de Paula. Relator Dias Toffoli. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 13/09/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

¹⁵⁷ BRASIL/ESPÍRITO SANTO/VILA VELHA. Supremo Tribunal Federal. HC 104.332. Magno Solete de Paula. Relator Dias Toffoli. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 13/09/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

¹⁵⁸ BRASIL/ESPÍRITO SANTO/VILA VELHA. Supremo Tribunal Federal. HC 104.332. Magno Solete de Paula. Relator Dias Toffoli. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 13/09/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 3.

ainda sua periculosidade tendo em vista a condenação em uma ação penal anterior, referente a um homicídio praticado contra uma adolescente.¹⁵⁹

Sendo assim, o relator, ministro Dias Toffoli, ratificou a decretação da prisão preventiva fundada na resguarda da ordem pública, discorrendo sobre o assunto e ressaltando a periculosidade do paciente do *Habeas Corpus*, assim explicitando: “... demonstrada a periculosidade do paciente e o grave tumulto à ordem pública, configura-se como suficientemente fundamentada a custódia cautelar”.¹⁶⁰

Por fim, o último caso concreto objeto de análise, também de relatoria do ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, da mesma maneira insurge-se contra a decretação da prisão preventiva instaurada para a resguarda da ordem pública¹⁶¹, conforme a ementa a seguir exposta:

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Prisão em flagrante delito. Alegação de ausência dos pressupostos e fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal. Não ocorrência. Garantia da ordem pública. Periculosidade do paciente. Fundamentação idônea. Precedentes. 1. A análise da sentença de pronúncia e das demais decisões que mantiveram a segregação cautelar do paciente autoriza o reconhecimento de que existe fundamento suficiente para justificar a privação processual de sua liberdade, porque revestido da necessária cautelaridade. 2. É perfeitamente possível constatar que a necessidade de garantia da ordem pública restou demonstrada, ante a periculosidade do agente, verificada pela gravidade em concreto do crime e pelo modus operandi com que ele foi praticado. 3. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como bons antecedentes, emprego lícito e residência fixa, não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como no caso vertente. 4. Ordem denegada.¹⁶²

¹⁵⁹ BRASIL/ESPÍRITO SANTO/VILA VELHA. Supremo Tribunal Federal. HC 104.332. Magno Solete de Paula. Relator Dias Toffoli. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 13/09/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 9.

¹⁶⁰ BRASIL/ESPÍRITO SANTO/VILA VELHA. Supremo Tribunal Federal. HC 104.332. Magno Solete de Paula. Relator Dias Toffoli. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 13/09/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 9.

¹⁶¹ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 3.

¹⁶² BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

O relator do *Habeas Corpus* entendeu que a restrição de liberdade do paciente foi decretada em conformidade com os requisitos necessários aptos a autorizar tal medida processual restritiva de liberdade, porquanto está revestida de argumentação idônea. Ademais, atesta a imprescindibilidade da decretação da prisão preventiva como salvaguarda da ordem pública em virtude da periculosidade do indivíduo acusado, verificada pela maneira com que foram realizados seus atos.¹⁶³

O ministro Luiz Fux, em seu voto destacou a maneira com que procedeu o paciente do citado *Habeas Corpus*, assim dissertando: "...chamou-me muito a atenção essa fuga dele, atirando contra os policiais. Poderia ele ter matado mais gente, inclusive".¹⁶⁴ Tal periculosidade foi igualmente atentada pelo ministro Ricardo Lewandowski, que, da mesma forma que o ministro Luiz Fux, seguiu o entendimento do relator.¹⁶⁵ Entretanto, destaco essencialmente o voto do ministro Marco Aurélio, que posicionou-se de maneira a exaltar o conceito de ordem pública¹⁶⁶, conforme trecho de seu voto abaixo registrado:

A ordem pública é preservada não quando se parte para a punição precoce, açodada. A ordem pública é homenageada, e assim se avança culturalmente, quando se observam as franquias constitucionais e os ditames legais atinentes à espécie.¹⁶⁷

Desta maneira, como forma de melhor elucidar o objeto da presente pesquisa, qual seja, o significado do conceito de ordem pública para a decretação da

¹⁶³ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 6.

¹⁶⁴ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 7.

¹⁶⁵ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 8.

¹⁶⁶ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 9.

¹⁶⁷ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 9.

prisão preventiva, fez-se necessário observar a aplicação prática da garantia da ordem pública, configurando-se na análise de determinados julgados no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Superior Tribunal de Justiça e ainda, Supremo Tribunal Federal.

Conforme todo o exposto, o conceito de ordem pública, tendo-se em vista a ausência da legislação ao tratar o tema, envolve o avanço cultural evidenciado na sociedade¹⁶⁸, observando-se ainda que, por diversas vezes é destacada a gravidade do crime em questão, a repercussão causada na sociedade, o modo com que se operou o delito criminal, a periculosidade concreta do agente infrator e a notória participação em bandos criminosos, conforme especifica o doutrinador Guilherme Nucci.¹⁶⁹

¹⁶⁸ BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [*online*]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011. p. 9.

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa, referente à monografia final do curso de graduação em Direito, procurou tratar do significado do conceito de ordem pública, estudado e analisado quanto à sua aplicação referente à decretação da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro.

No decorrer da presente pesquisa, procuraram-se meios de demonstrar o quão subjetivo e abstrato o conceito de ordem pública pode configurar-se, e ainda, sua devida utilização concreta na jurisprudência, com a finalidade de observar a aplicação prática deste termo jurídico.

Assim, coube, inicialmente, discorrer quanto à prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, abordando o instituto de maneira crítica, dissertando quanto às espécies de prisões existentes no ordenamento jurídico brasileiro, enquadrando-a no instituto das prisões cautelares, e dessa forma, explicitou-se a necessidade de sua aplicação quando realmente necessária e para que obtenha resultados eficientes quando da sua decretação. Além disso, procurou-se demonstrar determinadas alterações que incidiram sobre a questão das prisões cautelares, naquilo que era peculiar ao bom desenvolvimento da presente pesquisa, de maneira a proceder a uma melhor abordagem da questão, procurando apontar um comparativo entre a legislação mais atual em relação àquela que era anteriormente utilizada.

Fez-se necessário, portanto, abordar qual seria o momento adequado para a decretação da prisão preventiva, essencialmente, os pressupostos que fundamentam e autorizam a decretação desta modalidade restritiva de liberdade, posto que exatamente neste ponto encontra-se o tema crucial da presente pesquisa, qual seja a autorização da decretação da prisão preventiva fundada na salvaguarda concreta da ordem pública. Procedeu-se então à análise das situações peculiares em que a prisão preventiva caberá, e ainda, uma pequena abordagem do poder influenciador que a mídia exerce na elaboração do senso comum de determinada comunidade.

Para uma melhor concretização do tema, foi fundamental procurar na doutrina o entendimento do que seria a ordem pública, quando tratada como fundamento autorizador da decretação da prisão preventiva, abordando diferenciados doutrinadores, de maneira que se traçasse um paralelo entre as diversas definições por eles apontadas, havendo sido destacado, por determinados doutrinadores, a amplitude alcançada por este conceito de difícil definição, qual seja a ordem pública, ressaltando os mesmos que, aplicada discricionariamente, visualiza-se o subjetivismo abordado na pesquisa.

Por fim, coube realizar uma pesquisa no âmbito dos tribunais brasileiros, especificamente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, analisando o posicionamento de desembargadores e ministros, a fim de proporcionar uma visualização prática do conceito de ordem pública na aplicação da prisão preventiva. Desta maneira, partindo-se da fundamentação das decisões dos órgãos judiciais escolhidos, destacou-se certos casos concretos e ressaltou-se a fundamentação da decretação correta e devida da prisão preventiva quando determinada para garantir a ordem pública.

Nos acórdãos analisados, pode-se perceber que há congruência entre o explicitado pela doutrina mais recente e o posicionamento dos desembargadores e ministros que fundamentaram suas decisões nos casos concretos atuais descritos ao longo da pesquisa, dando ensejo a uma análise comparativa entre a doutrina e a jurisprudência. Comparação que se mostrou extremamente necessária, porquanto trata-se de um conceito não vislumbrado em seu núcleo pela legislação penal brasileira, podendo-se então perceber que tal conceito possui como base a doutrina e a visão dos órgãos julgadores, quando da fundamentação de seus posicionamentos no exercício da difícil tarefa de motivar suas decisões sem o amparo de um conceito objetivo e previsto em legislação vigente.

A meu ver, não haveria outra conclusão a se chegar do que aquela destacada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, na fundamentação de sua decisão, em caso analisado na presente pesquisa, quando afirma que a ordem pública deverá ser vislumbrada abordando seus aspectos constitucionais que a autorizam, entendendo-a como um mecanismo que avança

culturalmente na sociedade, e desta maneira, poderá variar de acordo com o momento histórico vivenciado por determinada sociedade, devendo seu conceito ser constantemente atualizado, procurando sempre respeitar os fundamentos que protegem os indivíduos em uma sociedade, não tomando o termo ordem pública como maneira discricionária de punição sem uma devida e concreta justa causa.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo. Malheiros editores, 2010.

BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 2 dos crimes contra a pessoa. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

BRASIL/BAHIA/SALVADOR. Supremo Tribunal Federal. HC 95.125/BA. Fernando Aparecido da Silva e Joel Miranda. Relator Ricardo Lewandowski. Acórdão 08/06/10. Publicado em 24/09/10. Maioria. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. HC 118085. Leonardo Souza Lima. Relator OG Fernandes. Acórdão 17/02/2009. Publicado em 09/03/2009. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 17 de setembro de 2011.

BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. HC 97177/DF. Juscelino Benvenuto Costa. Relator Cezar Peluso. Acórdão 08/09/09. Publicado em 09/10/09. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20100020135868 HBC. Rafael Batista dos Santos. Relator Silvano Barbosa dos Santos. Acórdão 09/09/10. Publicado em 22/09/10. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 21 de outubro de 2010.

BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020145054HBC. Marcos Vinícius Mourão da Silva. Relatora Sandra de Santis. Acórdão 25/08/2011. Publicado em 08/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. HC 20110020138775HBC. Suelio Galdino Ferreira. Relator Roberval Casemiro Belinati. Acórdão 18/08/2011. Publicado em 30/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

BRASIL/DISTRITO FEDERAL/BRAZLÂNDIA. Supremo Tribunal Federal. HC 106.138. José Jailson de Sousa Pacheco. Relator Dias Toffoli. Acórdão 14/06/2011. Publicado em 24/08/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

BRASIL/ESPÍRITO SANTO/VILA VELHA. Supremo Tribunal Federal. HC 104.332. Magno Solete de Paula. Relator Dias Toffoli. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 13/09/2011. Por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

BRASIL/PIAUÍ/TERESINA. Superior Tribunal de Justiça. HC 181232. Antônio Francisco Rodrigues Coelho. Relator Gilson Dipp. Acórdão 23/08/2011. Publicado em 31/08/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

BRASIL/RIO DE JANEIRO/NITERÓI. Supremo Tribunal Federal. HC 107.534. Erivan Vitorino Ramos. Relator Gilmar Mendes. Acórdão 09/08/2011. Publicado em 05/09/2011. Unânime. [online]. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo. Saraiva, 1997. p. 213. Apud BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003.

_____. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo. Paloma, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 4/92, p. 89-93, outubro-dezembro de 1993. Apud BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba. Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 28. ed. Petrópolis. Vozes, 2004. p. 235. Apud GOUVEIA, Carlos Machado; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida. **Atual panorama da constituição federal**. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins. Apresentação Maria Odete Duque Bertasi. São Paulo. Saraiva, 2009.

FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em flagrante**: preventiva e temporária. Campinas. Lemos & Cruz Livraria e Editora, 2003.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. p. 169-170. Apud DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

GOUVEIA, Carlos Machado; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida. **Atual panorama da constituição federal**. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins. Apresentação Maria Odete Duque Bertasi. São Paulo. Saraiva, 2009.

JUNGBLUTH, Rejane. A atual percepção da prisão preventiva. <http://www.tjdft.jus.br>. [online]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=12198>. Acesso em: 21/10/10.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des)razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2005.

MIRABETE, Julio F. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo. Atlas, 1994. p. 371. Apud BERTIN DE ALMEIDA, Gabriel. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública?. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 44, p. 71- 85, julho-setembro de 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral parte especial. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Prisão e liberdade:** as reformas processuais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal.** 11. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

SARAIVA, Editora. Colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Vade mecum.** 8. Ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização.** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2006.