



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ÉRICA REZIO MONTEIRO

**CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA

2015

ÉRICA REZIO MONTEIRO

**CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília - UniCEUB

Orientador: Prof. Georges Seignuer

BRASÍLIA

2015

ÉRICA REZIO MONTEIRO

**CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília - UniCEUB

Orientador: Prof. Georges Seignuer

Brasília, 15 de setembro de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Georges Seignuer, Orientador

Prof. Erick Vidigal

Prof. José Araújo

AGRADECIMENTO

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus por ter me concedido força e dedicação durante o curso de Direito.

Agradeço também aos meus pais e a minha irmã, que sempre estiveram me incentivando e apoiando a concluir mais uma etapa importante da minha vida. Obrigada por me presentear com tanto carinho e cuidado, sem vocês não teria chegado até aqui.

Ao Professor Georges Seigneur pela formidável orientação neste trabalho e ao Professor Erick Vidigal pelo amparo e inspiração que me proporcionou durante esse tempo.

Por fim, agradeço as minhas queridas alunas que me deram suporte à conclusão do curso e, em especial, agradeço aos meus amigos Thiago Cavalcante e Thatiany Lopes de Oliveira que sempre me ajudaram nos momentos difíceis.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar como a doutrina expande uma vasta amplitude sobre o conceito de garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva. Será abordado, em especial, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, colacionando jurisprudências para uma melhor visualização do objeto processual destacado. Dentro desse estudo, será exposto como a garantia dos princípios constitucionais do réu é extremamente afetada e prejudicada por diversos Tribunais, pois a ausência de delimitação sobre o instituto da prisão preventiva motivada na ordem pública corrobora para uma diversidade de interpretações, o que acarreta na colisão contra os princípios citados. Dessa forma, concluir-se-á que o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando em desfavor de alguns julgados Estaduais, priorizando os direitos fundamentais do acusado. Portanto, como será demonstrado, a gravidade do delito, o clamor social e a credibilidade da justiça não ensejam, por si só, motivo para a privação de liberdade de um indivíduo, pois ferem o princípio do estado de inocência, por exemplo, e descaracterizam a custódia como cautelar. Por fim, o presente trabalho faz um estudo doutrinário acerca da prisão preventiva e do conceito da ordem pública para, posteriormente, abordar o entendimento do STF a respeito do assunto.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Garantia da Ordem Pública. Princípios Constitucionais. Interpretações STF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
<u>CAPÍTULO I</u>	
1 PRISÃO PROCESSUAL	9
1.1 Prisão Preventiva	17
1.2 Hipóteses de cabimento	18
1.2.1 <i>Quem pode postular</i>	21
1.3 Prazo	23
1.4 Requisitos da Prisão Preventiva.....	24
1.5 Fundamentos.....	25
1.5.1 <i>Garantia da Ordem Pública</i>	25
1.5.2 <i>Garantia da Ordem Econômica</i>	27
1.5.3 <i>Conveniência da Instrução Criminal</i>	27
1.5.4 <i>Segurança na aplicação da Lei Penal</i>	28
1.6 Prisão para Garantia da Ordem Pública	28
2 Conceito de Ordem Pública	29
<u>CAPÍTULO II</u>	
1 Entendimento do STF acerca da decretação da Prisão Preventiva para garantia da Ordem Pública.....	33
1.1 Clamor Social	35
1.2 Gravidade do Crime	38
1.3 Credibilidade da Justiça.....	39
1.4 Periculosidade do Agente	41
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Um dos maiores problemas enfrentados dentro da disciplina processual penal é acerca da decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Esse tema é bastante polêmico tendo em vista que o conceito de ordem pública é muito amplo, dando margem para diversos significados e entendimentos.

Sabe-se que a prisão é vista como meio de penalizar o réu, com intuito de sacrificar sua liberdade de locomoção para retribuir pelo mal que cometeu. Porém, não existe somente essa modalidade de prisão, ou seja, existe aquela prisão em que o objetivo não é penalizar o acusado e sim proteger o processo até que se alcance um julgamento final. Em outras palavras, existem no processo penal brasileiro as prisões condenatórias e as prisões cautelares, cada uma com sua finalidade específica.

Para o presente trabalho, será realizado um estudo acerca das prisões cautelares, especificamente, da prisão preventiva, pois é um tipo de custódia cautelar de extrema importância em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista sua capacidade de proteger e assegurar o desenvolvimento do processo. Todavia, sua qualidade pode se transformar em inconstitucionalidade, como será visto no decorrer da análise.

Ademais, ainda acerca da prisão preventiva, até hoje ainda não temos uma classificação precisa sobre esse instituto, o que corrobora com a diversidade de motivos para decretá-la, encontrando razões muitas vezes equivocadas aplicadas por cada Tribunal. Ainda assim, devido à ausência de sua delimitação conceitual, é normal confundir clamor público com ordem pública, ou até mesmo justificar a gravidade do delito como motivo único para a prisão preventiva.

Entretanto, é sabido que a prisão preventiva é uma modalidade cautelar, sendo imposta ao acusado antes mesmo da sentença ter transitado em julgado. Portanto, trata-se de uma medida que pode sofrer características de antecipação de pena, devido ao momento de sua aplicação, ou seja, pode exercer uma função de penalidade, ao invés de ser uma medida acautelar os meios do processo.

Posto isso, essas turbulentas interpretações afrontam alguns princípios fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, tais como aqueles relacionados com a liberdade do réu, assim como a preservação da garantia de seus direitos. Dessa forma, no decorrer do trabalho será analisado, especificamente, como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando em relação ao tema, principalmente no que tange ao direito fundamental de liberdade do acusado, interrompendo, portanto, interpretações errôneas sustentadas por diversos Tribunais Estaduais.

Essa vasta interpretação sobre a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública acarreta de forma prejudicial o direito do acusado de responder o processo em liberdade, que demonstra mais uma vez a afronta aos direitos e princípios do réu.

Dentro dessa ótica, faz-se imperioso o estudo de tal instituto, pois a vasta amplitude de expressão provoca uma enorme insegurança jurídica, exigindo, portanto, um estudo mais aprofundado acerca da prisão preventiva para que se possa entrar em conformidade e harmonia com os princípios constitucionais.

Ainda assim, a forma como a prisão preventiva vem sendo utilizada hoje em dia, constitui antecipação de pena para alguns doutrinadores, o que se torna de extrema importância a paralisação desse acontecimento, pois o importante é resguardar a liberdade de locomoção do réu, assim como seu estado de inocência, desde que se manifeste o contrário durante o devido processo legal, sendo excepcional a decretação de uma prisão cautelar.

Posto isso, enquanto a prisão preventiva for assinalada como uma medida cautelar, ela deve ser proporcional durante todo o processo, ou seja, não pode gerar problemas mais gravosos para o réu. Nesse sentido, a prisão se torna um instrumento essencial para a garantia do processo, porém, precisa haver a proporcionalidade de tal instituto com o caso concreto em que é aplicada. Sendo assim, a problemática que envolve a questão se encontra na falta de instrumentalidade que fundamenta a preventiva, pois ela é exercida de forma a atender situações diversas e estranhas ao processo, devido ao fato de contemplar apenas no que diz a respeito dos interesses sociais, colocando em risco os direitos e garantias individuais do acusado.

O presente trabalho propõe, em seu primeiro capítulo, um estudo mais detalhado sobre a prisão preventiva e a garantia da ordem pública, para assim, posteriormente, no segundo capítulo, tratar de uma breve análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

CAPÍTULO 1

1 PRISÃO PROCESSUAL

A prisão processual vem sofrendo alterações de acordo com o momento político, social e econômico que o País está enfrentando, acarretando em novas normas, medidas provisórias e leis que circundam o tema da prisão. Dessa forma, nota-se que espaço temporal em que vive o País é fator condicionante para a decretação da prisão, pois a carga emotiva que se passa pode variar de intensidade conforme o tempo, devendo então os requisitos da prisão estar presentes e atualizados no momento devido.

Para uma melhor compreensão, faz-se necessário conceituar o que venha a ser prisão:

*"é a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena."*¹

No entanto, sabe-se que existem diversos tipos de prisão, podendo ter as seguintes naturezas: processual, civil, administrativa ou de pena.

A prisão de pena é aquela que decorre da condenação transitada em julgado, já a prisão civil é caracterizada como uma medida de coação para obrigar alguém a executar o cumprimento de um dever civil. A prisão de natureza administrativa se enquadra na medida em que impõe o cumprimento de um direito público.

Assim, o nosso Código Penal estabelece a prisão que decorre da condenação do acusado, regulando suas espécies, forma de cumprimento e tipo de regime. Por outro lado, o Código de Processo Penal regula a prisão cautelar ou provisória, de forma a vigorar até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Entretanto, o que mais importa aqui é a prisão cautelar. Essa modalidade de prisão se dá em virtude de uma determinação judicial ou de um caso flagrante, onde seu objetivo é acautelar os bens jurídicos envolvidos no processo. Assim, é sabido que a prisão processual só pode ser declarada em determinados casos, os quais

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 575

serão analisados posteriormente. Em decorrência disto, várias discussões aparecem em relação ao tema, pois a cautelaridade da prisão processual amplia diversos significados e entendimentos, podendo até ser aplicada equivocadamente.

Para se falar em prisão cautelar, devem-se abordar os princípios constitucionais, pois são princípios atrelados à liberdade do indivíduo, devendo sempre ser observados e respeitados.

O primeiro a ser tratado, está elencado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988, sendo ele o princípio do devido processo legal, o qual consiste na afirmação de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Para que haja o devido processo legal das medidas cautelares, deve-se abrir espaço para o contraditório, mas se feito dessa forma não auferir o desejado, pode haver a possibilidade de o acusado fugir para não responder ao processo. Assim, não há que se falar em contraditório para aplicação das medidas cautelares, tendo em vista que pode prejudicá-la, tornando-a até improdutiva.

O segundo princípio a ser citado é o da dignidade da pessoa humana, tipificado no artigo 1º, inciso III da CF, o qual trata de um princípio fundamental. A dignidade da pessoa humana também está prevista no Código de Processo Penal, e tem relação com as medidas cautelares no que concerne ao julgamento que será feito acerca do indivíduo, pois este não pode ser considerado um mero objeto de direito e sim um sujeito de direito, capaz de ter uma vida digna e a oportunidade de se defender acerca daquilo que lhe está sendo imputado.

Diante o exposto, tem-se que esse princípio é de extrema importância, pois trata de um valor moral inerente a pessoa, e partindo do colocado que todos são iguais perante a lei, o indiciado também se enquadra nesse aspecto, pois é um princípio, um direito que cabe a todos.

Outro princípio importante a ser destacado, é o da liberdade, contido no artigo 5º, *caput*, da CF. No caso em tela, a liberdade refere-se à pessoa física, ou seja, a liberdade de locomoção. Esse princípio se torna importante no tocante à decisão que o juiz terá por optar a medida cautelar, pois pode se tratar de uma constrição de liberdade do indiciado, podendo ele, portanto, basear-se nesse princípio para poder então impetrar um *habeas corpus*. Devido a esse motivo que a

opção pela cautelar deve sempre ser bem fundamentada, para que o acusado possa usar seus direitos a seu favor.

O próximo princípio está expresso no artigo 5º, LXI, que trata sobre a legalidade da prisão, em relação ao momento em que ela poderá ser decretada. Dessa forma:

"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."²

Ou seja, a prisão no Brasil deve ser realizada por autoridade competente, motivada e reduzida e escrito, ou então deve ser consequência de um delito em flagrante, caso em que qualquer pessoa poderá concretizá-la.

O princípio da motivação das decisões judiciais também é de extrema importância para o caso em comento, tipificado no artigo 93, IX da CF, e também está previsto no artigo 381, III do CPP. Esse se embasa na indicação dos motivos de fato e de direito na qual se funda uma decisão, ou seja, torna-se uma garantia de que a imparcialidade foi respeitada, pois a obrigatoriedade da fundamentação do juiz demonstra quais foram seus verdadeiros motivos para tomar tal decisão.

Dessa forma, essas medidas cautelares são adotadas e utilizadas no curso do processo penal ou no inquérito policial, com o objetivo de restringir a liberdade do acusado ou limitar a disponibilidade dos bens da pessoa indiciada. Assim, essas restrições são instrumentos que pretendem prevenir acontecimentos futuros que tragam prejuízos à sociedade, de forma a assegurar a tranquilidade e paz social. Importante ressaltar que essas medidas cautelares possuem tempo provisório, ou seja, se extinguem com a definição do processo penal.

Contudo, as prisões processuais cautelares devem ser medidas tomadas com muita precaução, uma vez que podem entrar em contradição com outro princípio constitucional de extrema importância no nosso sistema penal brasileiro, seja ele o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Esse preceito constitucional, tipificado no artigo 5º, LVII, consiste na consideração de que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença

² SARAIVA, 2013, Vade Mecum

condenatória transitada em julgado.

Destarte, a finalidade desse princípio apoia-se no embasamento de que o ônus da prova sempre será da acusação e não da defesa, isso porque as pessoas são consideradas nascidas inocentes, cabendo então à acusação demonstrar provas que provem o contrário. Isso posto, sabe-se que as prisões cautelares são decretadas antes do trânsito em julgado do processo, ou seja, ainda não foram oferecidas provas suficientes para sustentar que o indiciado seja realmente o autor da infração. Assim, notifica-se a importância do preenchimento dos requisitos das prisões cautelares, pois sendo elas decretadas com fundamentação escassa, entram em contradição com o princípio citado, podendo então considerá-las ilegais.

Após a promulgação da lei 12.403/2011, foram criadas novas medidas cautelares alternativas à prisão, medidas essas mais brandas, sempre de forma a beneficiar o acusado, ideia esta que reforçou a aplicação da prisão como última medida.

Assim sendo, explana Nucci acerca do assunto *“por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública.”*³

Em decorrência disso, duas posições doutrinárias surgiram acerca do tema, uma que defende que as prisões cautelares são de extrema importância e não ofendem o princípio da presunção de inocência e a outra que se posiciona afirmando que as prisões ferem sim o princípio supracitado.

A parte da doutrina que não é a favor das prisões cautelares entende que qualquer tipo de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença, é incompatível com o princípio, pois o cerceamento antecipado do acusado não pode ser considerado uma punição para aquele indivíduo que sequer teve uma condenação contra si. Sustentam ainda que essas medidas cautelares prejudicam o direito da liberdade da pessoa, pois sempre que alguém é encarcerado durante ou antes do processo, recebe uma sentença de absolvição, ferindo, portanto, os direitos

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 85

fundamentais.

Sustentam ainda que o que ocorre com a decretação da prisão provisória é uma presunção de culpabilidade, pois se trata de uma privação de liberdade do acusado antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, motivo que fere o preceito constitucional. Por esse motivo, a decretação da provisória deve sempre estar bem fundamentada e com claras evidências que o acusado realmente foi o autor do fato, tendo em vista que a liberdade do indivíduo é a regra, sendo seu cerceamento a exceção.

Ademais, explicam que a prisão provisória não pode ser um meio para a investigação do fato ocorrido, pois prender o indiciado para investigar se ele é realmente o autor da ação, é uma crueldade. Para eles, negar o direito da presunção da inocência seria negar o próprio processo penal.

Por outro lado, a outra parte da doutrina afirma que as prisões cautelares são um mal necessário para a sociedade, pois é o poder que o Estado possui enfraquecer a ocorrência de crimes, tentando evitar qualquer tipo de infração penal. Dessa forma, conclui José Frederico Marques:

“a fim de tomar o menor risco que possa correr na Justiça, e com o intuito de sacrificar ao mínimo a liberdade do réu enquanto não houver sentença condenatória imutável, procura a lei cercar a prisão preventiva de cautelares e pressupostos, sem os quais não se pode privar o réu, com o carcer as custodiam, da sua liberdade de ir e vir. (...) É, por isso que, além jurisdicional indeclinável, para a decretação, procura o legislador, com medidas eficazes, cercar o réu de garantias, só admitindo a sua prisão quando verificar o juiz todas as condições imprescindíveis para a decretação da medida ou providência cautelar.”⁴

Sustentam ainda que essas medidas cautelares são decretadas a fim de preservar o bem da sociedade, casos em que o réu pode oferecer algum tipo de ameaça à ela estando em liberdade. Para eles, não há que se falar em incompatibilidade entre as prisões cautelares juntamente com o princípio de presunção da inocência, pois ambos estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal, o qual está colocado no Título II, onde trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Entretanto, afirmam que essas prisões somente são utilizadas em casos restritos, quando realmente forem necessárias e quando estiverem

⁴ www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/wagner-de-oliveira-da-silva. Acesso em 03/11

preenchidos todos os seus requisitos, ou seja, não são aplicadas para qualquer caso.

Por isso, para a decretação da provisória deve sempre haver uma decisão motivada, que possam justificar as razões que levaram o juiz a tomar essa decisão, com fulcro nos artigos 285 e 315 do Código de Processo Penal. Assim sendo, as medidas cautelares, para não afrontar o princípio da presunção de inocência, devem estar fundamentadas no momento de sua decretação e ainda preencher seus requisitos necessários da tutela cautelar, como a comprovação da demora de se aguardar o trânsito em julgado.

Dessa forma, estando presente o *fomus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, poderá ser decretada a prisão cautelar, sendo assegurada a sua não inconstitucionalidade. Verifica-se, portanto, que para essa parte da doutrina, a aplicação da prisão provisória será permitida conforme presente os requisitos citados, tendo em vista que não fere os direitos constitucionais previstos, pois a liberdade do indiciado poderá colocar em risco a sociedade e a instrução criminal, prevalecendo, neste caso, o direito coletivo sobre o direito individual.

Assim sendo, no Brasil existem seis tipos de prisão processual cautelar, sendo elas: I- prisão temporária; II- prisão em flagrante; III- prisão preventiva; IV- prisão em decorrência de pronúncia; V- prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; VI- condução coercitiva do réu, vítima, testemunha, perito ou outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia. Entretanto, abordaremos aqui de maneira não tão aprofundada, sobre as três primeiras espécies de prisões citadas anteriormente, iniciando, portanto, com a prisão temporária.

Esse tipo de modalidade cautelar está previsto na Lei 7.960/89 e tem por objetivo preservar a investigação policial, em situações que se tratar de infração penal de natureza grave e foi utilizada para substituir a antiga prisão para averiguação, a qual era realizada pela polícia judiciária. Porém, nossa Constituição de 1988 ao entrar em vigor, revogou tal liberdade da autoridade policial.

Dando continuidade ao assunto, deve-se atentar em duas situações que autorizam a prisão temporária, sendo a primeira aquela situação em que se torne imprescindível para as investigações do inquérito policial juntamente com provas de

que o indiciado foi autor ou partícipe do fato nos crimes: a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro.

A segunda situação se remete a não existência de residência fixa do indiciado ou quando não possui elementos necessários para a formação de sua identidade. Entretanto, não basta somente basear-se nessas duas hipóteses, deve também, então, combiná-las com os crimes anteriormente descritos para que possa assim decretá-la.

A prisão temporária não pode ser decretada de ofício, devendo sempre haver requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Seu prazo é, em regra, de 5 dias, prorrogando-se mais 5 caso seja de extrema importância e necessidade, porém, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, esse prazo aumenta para 30 dias, podendo também ser prorrogados por mais 30. Encerrando o prazo estipulado, deve o indiciado ser imediatamente posto em liberdade, exceto quando for necessário a aplicação posterior da preventiva.

Já a prisão é flagrante, é uma modalidade cautelar de natureza administrativa, é concretizada no momento em que se pratica ou finaliza o ato de infração penal. É uma modalidade que qualquer pessoa pode concretizá-la, não necessitando, portanto, de mandado de prisão expedido pela autoridade judicial. Isso ocorre porque o flagrante significa tudo que é manifesto ou evidente, quando pode-se observar o ato no instante em que ele ocorre, ou seja, não se pode esperar que uma autoridade policial esteja sempre presente nos atos infracionais. Dessa forma, explana Nucci:

"a natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros

*dois requisitos para a configuração do crime."*⁵

Diante disso, de acordo com nosso Código de Processo Penal, especificamente em seu artigo 302, existem quatro tipos de situações em que se configura flagrante em delito, a saber: a) quando está praticamente a infração penal; b) quando acaba de cometer o delito; c) quando é perseguido por qualquer pessoa que presuma ser ele o autor do fato, logo após ter praticado a infração; d) por fim, quando é encontrado com instrumentos que façam concluir ser ele o autor da infração.

Não obstante, há parte da doutrina que entende que a prisão em flagrante pode ser considerar precautelar, tendo em vista ser uma medida que precipita a medida cautelar. Isso ocorre porque a prisão em flagrante pode ser convertida em preventiva posteriormente, caso seja necessária sua conversão, de acordo com a lei, ou seja, defendem que a prisão temporária serve de instrumento para a preventiva, podendo vir a ser convertida ou não.

Porém, não se deve entender que a prisão temporária seja um requisito para a prisão preventiva, pois após ser realizada a prisão em flagrante, deve automaticamente expedir-se a formalização do auto pela polícia, encaminhada para o Juiz para que este possa decidir pelo relaxamento da prisão, conversão em preventiva ou concessão da liberdade provisória, razão esta pela qual a prisão em flagrante tem caráter administrativo.

No tocante a liberdade provisória, esta tem caráter provisório e é compatível com a prisão em flagrante, só podendo ser concedida em decorrência desta, motivada em não necessidade do réu ou indiciado ficar segregado, sob a luz do princípio da presunção de inocência, que será abordado mais para frente. Portanto, a liberdade provisória não pode ser conhecida na prisão temporária ou preventiva.

Enfim, a prisão preventiva é aquela medida cautelar de constrição de liberdade do acusado, por razões de necessidade, observando sempre os requisitos para sua aplicação, os quais estão elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal e pode ser decretada durante a instrução criminal ou no curso do inquérito

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 589

policial, isso tudo previsto no artigo 311 do mesmo diploma legal. Todavia, só pode ser decretada a preventiva em casos que haja praticamente fundada certeza de quem é o autor do fato.

A decretação da preventiva nos casos de crimes com maior gravidade. Nesse sentido, explica Tourinho Filho:

“Não é possível, por mais grave que seja a contravenção, decretar-se a preventiva. Esta será sempre excluída quando a infração for contravencional. Pouco importa seja a contravenção inafiançável ou não. Ela é incompatível com a medida extrema da preventiva, mesmo porque, pelo princípio da proporcionalidade, não faz sentido uma medida tão grave para uma infração de pouca monta”⁶

Posteriormente, será abordado mais detalhadamente sobre a prisão preventiva, por ser objeto de análise desse trabalho.

Por fim, como dito anteriormente, a cautelaridade consiste na precaução do Estado de enfraquecer as inúmeras infrações penais praticadas hoje em dia, de forma a evitar que o indiciado venha a cometer novos crimes ou dar continuidade ao que praticou, ou então reprimir os riscos de prejuízo ao processo que está em curso. Adentrar-se-á, portanto, na prisão preventiva que é um tipo da prisão provisória, especificamente na sua decretação baseada na Ordem Pública, objeto de análise desse trabalho.

1.1 Prisão Preventiva

A prisão preventiva, em seu sentido amplo, possui efeitos iguais aos da prisão processual cautelar e ainda pode ser decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entretanto, será abordada aqui a prisão preventiva *strictu sensu*, regulamentada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal.

Nesse caso, a prisão preventiva tem natureza processual cautelar e constitui uma medida restritiva de liberdade do indivíduo, situações que somente será decretada quando for imprescindível para garantia da ordem pública, da execução da pena ou por conveniência da instrução criminal.

⁶ Filho, p. 635

Assim, dentre todas as prisões cautelares, a preventiva que pode ser considerada como eixo norteador de todas as outras, pois constitui características e pressupostos necessários à privação da liberdade do indivíduo durante toda a persecução penal.

Adiante, tratar-se-á das principais noções acerca da prisão preventiva.

1.2 Hipóteses de cabimento

Como mencionado anteriormente, a prisão preventiva pode ser decretada em vários momentos da persecução penal, podendo ser durante o curso da investigação preliminar ou do processo, e até mesmo depois da sentença condenatória recorrível. Ainda assim, importante destacar que se houver uma real necessidade durante a fase recursal, a prisão preventiva poderá ser decretada, baseando-se na garantia da aplicação da lei penal.

Para a aplicação desta, deve-se atentar aos pressupostos e fundamentos da cautelar constritiva de liberdade, que diz:

Artigo 312 do Código de Processo Penal

"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 da autoria." ⁷

Ademais, deverão também ser consideradas suas condições de admissibilidade, instauradas no artigo 313 do mesmo diploma legal:

"Nos termos do artigo 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, ressalvando o disposto no inciso I do CAPUT do art. 64 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal;

⁷ SARAIVA, 2013, Vade Mecum

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;

SARAIVA, 2013, Vade Mecum

O inciso I fica claro, admite-se a preventiva nos crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos. Crimes dolosos são aqueles delitos que considerados mais graves. No âmbito desses crimes, requer do legislador uma maior proteção ao interesse jurídico tutelado. Nessa situação, a prisão preventiva é decretada de acordo com a base da pena máxima prevista em abstrato, não interferindo se são punidos com detenção ou reclusão. Nesse sentido, de forma alguma a prisão preventiva poderá ser decretada em crime culposos.

Ainda assim, importante lembrar que o dispositivo não dá margem para interpretação ampla, ou melhor, não há que se questionar sobre os crimes que possuem pena máxima igual a 4 anos, como por exemplo, o crime de furto contido no artigo 155 do Código Penal. Tal crime tipifica a pena máxima IGUAL a 4 anos, e não superior a isso. Ou seja, tais crimes como o de furto não se enquadram para a aplicação da preventiva devido a não ampliação de interpretação a respeito do tema.

Sobre esse assunto, deve-se levar em consideração também a problemática acerca do concurso de crimes, pois, nesses casos, os tribunais superiores elucidaram que concurso material de crimes deve somar as penas bases máximas. Já em relação ao concurso formal ou crime continuado, aplica-se a causa de aumento no máximo e de diminuição no mínimo. Assim, para qualquer um dos casos, se no final a pena máxima for superior a 4 anos, como consta no dispositivo, a decretação da preventiva será lícita.

Entretanto, existe uma exceção sustentada nos casos de crimes que possuem pena inferior a 4 anos. Por exemplo: o acusado que estiver respondendo por uma medida cautelar distinta, devido ao fato de ter sido preso em flagrante, e nesse caso, descumpra com as condições colocadas pelo juiz, poderia ser-lhe aplicado a preventiva?

Para tanto, sustenta Aury Lopes Jr.:

“(...) descumprida a medida cautelar diversa imposta, deverá o juiz, em primeiro lugar, buscar a ampliação do controle pela via

da cumulação com outra medida cautelar diversa. Somente quando insuficiente a cumulação, poder-se-á cogitar da prisão preventiva e, mesmo assim, quando houver proporcionalidade em relação ao delito imputado. Por isso, entendemos que jamais caberá prisão preventiva por crime culposos, nem mesmo nesse caso, pois é evidentemente desproporcional.”

Em seguida, o inciso II refere-se aos casos de condenação anterior por outro crime doloso, ou seja, o condenado já foi acusado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado. Explicando melhor essa situação, é cabível a aplicação da prisão preventiva em casos que o réu já foi condenado anteriormente e tal fato gerou reincidência para a nova condenação.

Nesse sentido, importante designar o que seja reincidência:

“Verifica-se reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”⁸

Entretanto, a razão de sustentabilidade a autorização da preventiva comente no caso de reincidência não está correta. Imperioso lembrar que o artigo 313 do nosso Código de Processo Penal somente permite a autorização da preventiva nos casos em que esteja presente o *fomus boni iuris*, ou seja, no caso da reincidência por si só não gera fundamento correto para sua aplicação.

Tal motivo é justificado pelo fato de violar o princípio da proporcionalidade e também por ser inconstitucional a autorização da preventiva por falta de caráter cautelar.

Por fim, o inciso III foi introduzido com a vigência da Lei n. 12.403/2006, que ampliou as hipóteses de cabimento da prisão preventiva. A partir de então, os crimes que envolver violência doméstica e familiar, contra as pessoas citadas nos artigo, cabe a aplicação da prisão.

Essa foi uma ampliação de possibilidades para autorizar a preventiva, pois na vigência da lei anterior nº 11.340/2006, precisamente em seu artigo 42, essa medida só era decretada para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, cedendo oportunidade para que o juiz a decretasse de ofício.

Não obstante, com a introdução da lei 12.403/2011, foi acrescentado

⁸ SARAIVA, 2013, Vade Mecum

os crimes citados no inciso III do respectivo artigo mencionado, para assim, também, garantir as medidas protetivas de urgência. Tal atitude por parte do legislador teve grandes incentivos e causou uma relevância satisfatória para o direito, uma vez que a violência doméstica e familiar contra a mulher é assunto que merece atenção redobrada hoje em dia.

A boa diferença que trouxe esse dispositivo está na devida correção em afastar o autor da ofendida, em casos que antes não era possível devido à falta de tipificação legal. Antes, ocorrendo uma infração de lesão corporal leve não era permitido a autorização da preventiva, pois o crime abarcava uma punição com detenção máxima de um ano, isto é, não se enquadrava no cabimento da preventiva, corroborando, portanto, com a desproteção da mulher.

Todavia, agora com a regulamentação devida, a violência contra a mulher está protegida de maneira mais abrangente, mesmo o crime sendo diferentemente apenado em relação aos permitidos no dispositivo.

Por fim, com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, passou a existir novas medidas cautelares de coação as quais se diferenciavam, em certos pontos, da prisão preventiva. Dessa forma, a aplicação da preventiva só poderia ser concedida caso não fosse mais cabível a sua substituição por outra medida de caráter cautelar, isso com fulcro no artigo 283, parágrafo 6º do CPP.

1.2.1 Quem pode postular

Nesse sentido, faz-se necessário explanar sobre quem tem competência para decretar a prisão preventiva. Assim, somente o juiz, ou tribunal competente, de forma fundamentada, tem o poder de aplicar a prisão preventiva, a partir do requerimento do Ministério Público ou conforme representação da autoridade policial.

Contudo, o juiz pode decretá-la de ofício, em ambas as fases, tanto na pré-processual como na processual, motivo pelo qual acarretou críticas em relação ao tema devido à imparcialidade do juiz. Essas críticas se baseiam na invasão que o juiz comete ao decretar a medida cautelar sem provocação de nenhuma das partes presentes no processo, já que determinada conduta incube ao órgão acusatório.

Ainda sobre o assunto, *"a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando - de ofício - a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece da posição totalmente ativa e atuante do inquisidor e a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia."*⁹

Ademais, a decretação de ofício pelo juiz pode ser considerada por boa parte da doutrina inconstitucional, pelo fato de contradizer o sistema penal acusatório, onde o policial tem o poder de investigar; o Ministério Público o poder de acusar; o acusado de se defender; e por último, objeto de análise aqui, o juiz tem o poder de julgar baseado nas provas recolhidas durante a investigação probatória.

Outra crítica analisada pela doutrina seria a inconstitucionalidade da decretação do juiz por ferir o princípio da inércia, ou seja, aquele momento em que o juiz somente pode agir no processo quando for provocado, seja pelo autor ou pelo réu.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem confirmando esse entendimento, a saber:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DE OFÍCIO. 1. O paciente, vereador licenciado para concorrer à candidatura de Deputado Estadual, foi condenado em primeiro grau, pelo delito de receptação. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, sendo, outrossim, concedido o direito de apelar em liberdade. 2. Após ter sido instado a explicar na tribuna sobre sua condenação, manifestou indignação, alegando ser inocente. Foi-lhe decretada a prisão preventiva, com fundamento na ordem pública. 3. Além de a segregação cautelar ter ferido frontalmente o sistema acusatório, pois a decretação foi de ofício, prática rejeitada pela Constituição de 1988, foi totalmente desnecessária, tendo em vista que os pronunciamentos no âmbito da Casa Legislativa, onde o paciente é vereador, criticando instituições, não ameaçam a ordem do Estado de Direito, cuja artificial reason transcende aos limites da urbe localizada. 4. Além de não haver ofensa à ordem pública, não houve demonstração de nenhuma outra situação que pudesse ensejar a decretação da custódia cautelar, tal como o risco de fuga, por exemplo. Tanto é verdade que respondeu ao processo em liberdade e lhe foi concedido o direito de apelar em liberdade.

⁹ LOPES, Aury Jr. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva 2013. Pg 86

LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. ¹⁰

Posteriormente, devido as críticas doutrinárias acerca do problema, o poder do juiz para decretar a prisão preventiva de ofício não mais foi permitida, em razão da reforma realizada pela Lei n. 12.403/2011, a qual apenas permitiu a decretação durante o curso do processo. Ou seja, a partir de então, na fase pré-processual o juiz necessita de provocação para decretar a preventiva, mas infelizmente o legislador ainda mantém a possibilidade de ser decretada por ofício.

Além do poder de decretação pelo Ministério Público, que atua como parte ou fiscal da lei, o artigo 311 do CPP permite que o querelante provoque o magistrado para decretar a preventiva, no curso da ação penal de iniciativa privada. Essa situação se baseia pelo fato do querelante ter interesse em resguardar a instrução criminal e a futura aplicação da pena. Tais características, como dito antes, são essenciais para executar a decretação, que podem ser concedidas pela antecipação da reparação dos danos causados pela infração penal, dispositivo agora permitido pela lei anteriormente citada.

Ademais, com o advento da lei n. 12.403/2011, foi inserido na tipicidade do dispositivo legal o assistente de acusação como personagem apto a provocar tal prisão cautelar.

Por fim, deve-se atentar no que diz respeito a Autoridade Policial. Esta não possui a capacidade de requerer a prisão preventiva, apenas representa, explicitando os fundamentos que justificam a aplicação da medida.

1.3 Prazo

Em relação ao prazo, não existe um tempo determinado para sua conclusão, é apenas exigido a cláusula de imprevisão. Em decorrência dessa omissão legislativa, foi avaliado o prazo da preventiva de acordo com a necessidade concreta, ou seja, o prazo deve ser razoável e proporcional à gravidade do delito. Nesse sentido:

Ementa: HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. **INEXISTÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUIÇÃO CRIMINAL ANTE A COMPLEXIDADE DA CAUSA.**

¹⁰ Habeas Corpus Nº 70016461592, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 31/08/2006

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA DURAÇÃO DA **INSTRUÇÃO**. **INEXISTÊNCIA** DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I – Não é possível conhecer do writ no tocante à legalidade da prisão preventiva, visto que tal avaliação já foi objeto de digressão em outro Habeas Corpus. II - Os **prazos** estabelecidos para o encerramento da **instrução** processual não são absolutos, admitindo-se a flexibilidade à luz da razoabilidade e da proporcionalidade. III - Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código Processo Penal, não se verifica qualquer constrangimento ilegal a ser sanado e a segregação deve ser mantida. IV - Ordem PARCIALMENTE CONHECIDA e DENEGADA.

11

Assim, finalizada a instrução, não há motivos para alegar o excesso de prazo, entendimento colocado nos termos da Súmula 52 do STJ:

"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo."

1.4 Requisitos da Prisão Preventiva

Assim como toda medida cautelar exige a presença do *fomus boni iuris*, não é diferente para a prisão preventiva. O mencionado dispositivo consiste na materialidade da prova e nos indícios suficientes da autoria do crime.

Mas isso não quer dizer que faça juízo de uma certeza acerca da existência ou não do crime, assim como de sua autoria, necessita pelo menos que haja uma suspeita fundada sobre o fato delitivo e um motivo razoável para a decretação.

A primeira característica, seja ela a materialidade do crime, apoia-se no tipo de prova existente para determinar o crime. Ou melhor, o laudo pericial irá caracterizar e confirmar o crime cometido, podendo verificar se se trata de um crime contra o patrimônio, contra a vida ou contra a saúde.

À vista disso, como visto anteriormente, não pode haver dúvida nenhuma acerca da realidade do delito, por isso é extremamente importante a veracidade da prova, pois não basta mera suspeita para decretar a preventiva.

Por outro lado, em relação à autoria, não se faz necessário uma certeza absoluta do infrator do delito, mas sim de indícios suficientes para tal.

¹¹ HBC 20140020312090, Rel. JOSÉ GUILHERME, 3ª Turma Criminal, j. 18/12/2014, TJDF

Resumindo, para a preventiva, sua aplicação deve ser baseada em um juízo de probabilidade. Esse juízo faz referência a uma predominância de razões positivas para sua realização, a uma fumaça densa, com uma verossimilhança dos motivos positivos e, em decorrência, o afastamento da inexistência da verossimilhança dos negativos em relação ao crime cometido.

Conclui-se então que “em uma conta aritmética, o *fomus boni iuris* é a resultante da soma de prova indiciária do fato típico, materialidade e probabilidade de condenação do agente.”¹²

Portanto, a presença de ambos os pressupostos citados tornam-se de extrema importância para a decretação, sendo excluído o *fomus boni iuris* caso haja ausência de qualquer um deles.

Dentro desse contexto, deve haver pressupostos positivos para que componha o *fomus boni iuris*, ou seja, deve comprovar que a ação cometida pelo indiciado seja aparentemente típica, ilícita e culpável, Em contrapartida, a inexistência de pressupostos negativos também se faz necessário, já que a negatividade não pode aparecer com tanta nitidez como a positividade, para não acarretar em causas de exclusão de ilicitude ou exclusão de culpabilidade por parte do agente.

Assim sendo, não pode ser decretada a prisão preventiva se o ocorrido for considerado atípico, pois dessa forma, não há que se falar em crime. Isso pode ocorrer quando o acusado tiver agido em legítima defesa, estado de necessidade, no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, casos tipificados no artigo 23 no nosso diploma penal.

1.5 Fundamentos

Verificado e comprovado os requisitos acima mencionados, sendo eles a existência do crime e indícios de autoria, cabe agora analisar se o delito cometido encaixa em uma das hipóteses que traz o artigo 312 do CPP, sejam elas: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Hipóteses essas que serão

¹² FREITAS, p. 45

verificadas adiante.

1.5.1 Garantia da Ordem Pública

A ordem pública, tema pelo qual será abordado mais detalhadamente no final deste capítulo, consiste basicamente na paz e tranquilidade no meio social. Assim, quando esses aspectos encontram-se ameaçados por algum motivo, permite-se a decretação da preventiva.

O motivo citado anteriormente que pode colocar em risco a tranquilidade social seria em relação à periculosidade do agente. Isso quer dizer que, caso o delinquente seja considerado altamente perigoso e que possa causar mais prejuízos enquanto estiver solto, deve-se prendê-lo para que não seja mais motivo de transtorno social, afetando a ordem pública. O objetivo aqui é evitar que o agente pratique novos delitos.

Houve entendimento do STF acerca desse tema, onde foi concluso que para prevenir a reprodução de novos crimes deve-se prender preventivamente o acusado ou indiciado, seja esse um motivo suficiente para fundamentar a aplicação.

Existem ainda outras razões para decretação da preventiva, como os maus antecedentes e a reincidência do agente que ensejam a possibilidade de praticar outros delitos.

Por outro lado, não adiante apenas caracterizar a gravidade do fato como único motivo para a preventiva, deve-se demonstrar com isso afetaria a sociedade e se afetaria, se o crime cometido realmente poderá prejudicar a tranquilidade social. Nesses termos:

“A gravidade do delito, por si só, não é razão suficiente para autorizar a custódia cautelar.”¹³

Em decorrência disso, algumas críticas foram formuladas em relação ao tema, devido ao fato de que o a decretação da preventiva com fundamento na ordem pública se tornou matéria muito vasta e indeterminada, dando possibilidade para várias interpretações diversas. Porém, não é matéria que discute sobre ser fundamento ou não da preventiva, apenas se discute sobre sua amplitude de entendimentos.

¹³ STJ – HC 33.770-BA

Dentro dessa linha de raciocínio, Roberto Delmanto Junior descreve:

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

1.5.2 Garantia da Ordem Econômica

Esse fundamento está incluso também no artigo 312 do CPP, determinado pela Lei 8.884/94, a qual objetiva coibir que o agente cometa ações atentatórias à livre concorrência, a função social da propriedade, às relações de consumo e com abuso do poder econômico.

Nesse caso, grupos criminosos que por meio de ações delituosas acarretam prejuízos para o comércio lícito, resultam na repercussão de danos a outros trabalhadores comerciais honestos. Dessa forma, desestabiliza o princípio constitucional da livre concorrência e da livre iniciativa, cabendo, portanto, a decretação da preventiva para sanar esses casos.

1.5.3 Conveniência da Instrução Criminal

Nesse tipo de fundamento, a conveniência não se adequa corretamente ao caso, pois *“a mera conveniência não é fator determinante de privação de liberdade de um cidadão, por equivaler a uma situação de oportunidade, de utilidade ou de mera vantagem processual.”*¹⁴

Ou seja, aqui se fala em necessidade da preventiva para garantir a segurança da instrução criminal, que se resume na impossibilidade do agente em destruir ou prejudicar a instrução do processo.

Quando é verificado que, o agente estando em liberdade, pode corroborar para a destruição de provas ou até mesmo corromper testemunhas e pressionar peritos, os tribunais decidiram que a prisão cautelar do agente se tornar necessária para a continuação da instrução criminal. A verdade real deve ser buscada através de provas, por isso a prisão se torna elemento essencial para sua

¹⁴ FREITAS, p. 50

garantia, para que não haja erro nas situações futuras.

Imperioso destacar que, caso a fase do inquérito já tenha sido concluída, e caso não haja fortes indícios de que o réu possa vir a atrapalhar e prejudicar a fase probatória, a prisão preventiva não deverá ser decretada.

1.5.4 Segurança na aplicação da Lei Penal

Dentro desse contexto, o motivo a se prevenir aqui é a fuga do agente, situação que irá impedir a realização e aplicação da lei penal.

Caso o autor da infração venha demonstrando ameaças de fuga, como por exemplo, desfaz-se dos bens móveis ou imóveis com o objetivo de empreender viagem, deve-se aplicar a preventiva com a finalidade de proibir a ida do agente, para que assim seja aplicada, ou não, a sanção penal.

Ou seja, para ser decretada a preventiva, deve está presente a não vontade do agente contra o exercício do poder de coerção da autoridade policial. Deve-se depreender que o agente esteja evitando a condenação.

Dessa forma, “(...) *vistas as circunstâncias caracterizadoras do periculum in mora, depreende-se que a prisão preventiva é medida excepcional e somente pode ser decretada quando presentes os requisitos legais, existindo prognóstico de que sobrevirá sentença condenatória, com a imposição de pena privativa de liberdade.*”¹⁵

1.6 Prisão para a Garantia da Ordem Pública

Dentro desse tópico, farei uma análise mais aprofundada acerca do tema, a respeito de suas críticas e problemas doutrinários.

Muitos doutrinadores entendem que a aplicação da prisão preventiva com base da garantia da ordem pública é uma medida para antecipar a pena, baseado no juízo de culpabilidade já devidamente formado, juntamente com a opção

¹⁵ LOPES, Aury Jr. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva 2013. Pg 51

do acusado em não se submeter ao ordenamento jurídico. Destarte, o julgador valoriza a ética do acusado, exibindo-o como sujeito perigoso á sociedade.

Sustentam ainda que, a aplicação da preventiva por esse motivo torna-se uma violação constitucional ao princípio implícito da “exclusiva proteção de bens jurídicos”, pois o acusado é julgado pelo que ele é, e não pelo que ele fez. Por isso:

“Destarte, fere o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos a criação de tipo sem menção de uma fato ou que se resuma a incriminar mera postura interior ou opções pessoais do agente.”¹⁶

De acordo com Antônio Scarance Fernandes, decretar a preventiva com fundamento na ordem pública é desviá-la de ser uma medida cautelar. Dessa forma, admite a dificuldade em justificar a prisão preventiva em face da teoria cautelar, visto que a prisão cautelar com fundamento na ordem pública caracteriza uma antecipação da pena.

Ainda assim, outra crítica feita acerca do tema é o julgamento antecipado que a mídia realiza em cima do autor, pois a opinião colocada pela imprensa muitas vezes pode não se identificar com a opinião pública.

Dentro desse contexto, questiona-se se a aplicação da preventiva se dá pelo impacto que o delito causou à sociedade ou se existe apenas uma mera vingança inconsciente pela sociedade, a qual pode ter sido agravada e diferenciada pela mídia.

Diante disso, faz-se necessário uma melhor compreensão do que vem a ser Ordem Pública. Para tanto, será dedicado uma parte para o citado assunto.

2. Conceito de Ordem Pública

A legislação penal brasileira conta com uma grande lacuna acerca da definição de Ordem Pública, pois não compreende nenhum artigo específico para conceituá-la.

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Editora RT, 4ª edição

Em decorrência disso, o conceito de Ordem Pública foi abrangido em vários sentidos e utilizados em diversos casos distintos, acarretando grandes discussões doutrinárias em relação ao tema.

Inicialmente sua definição era caracterizada basicamente por “tranquilidade social e paz pública”. Entretanto, era uma definição muito vasta, dando margem para várias interpretações e sentidos diferentes. Dessa forma, com o passar do tempo, a conceituação de Ordem Pública foi ganhando mais espaço e automaticamente criando um perfil mais amplo, porém, ainda sem um esclarecimento definitivo sobre a matéria.

Para uma parte da doutrina, a proteção da Ordem Pública se baseia no fato de que o criminoso esteja propenso a praticar outros crimes estando em liberdade, que seu caráter demonstra grande periculosidade e conseqüentemente prejudicaria o conforto da sociedade. Por outro lado, enfatizam a ideia de que estando solto, o criminoso encontrará novas maneiras de concluir o crime, ou até mesmo de reproduzi-lo.

Desse modo, portanto, haverá a autorização para a restrição da liberdade do imputado de maneira cautelar caso haja indícios de que ele possa abalar a paz social, devido ao seu caráter acentuadamente propenso a cometer crimes. Na maioria das vezes, essas situações enquadram criminosos com um grande histórico de infrações penais, o que justifica mais ainda a aplicação da preventiva.

Em relação ao desconforto da sociedade, sustenta essa parte da doutrina que isso se dá pelo motivo do clamor social, ou seja, quando a forma da prática do crime gera tanto aversão na coletividade que justifica a retirada da liberdade do agente para evitar tal incômodo.

Em outras palavras, a brutalidade da infração praticada pelo agente gera uma comoção no meio social, acarretando em uma insatisfação em relação à mora da prestação jurisdicional, que deve prender o indivíduo por motivo de clamor social.

Acerca disso, surgiram críticas a respeito do tema anteriormente citado. Para alguns, esse clamor social pode ser consequência do que a imprensa

notifica, o que muitas vezes, notifica de uma forma exacerbada e errônea. Isto posto, configura-se uma repercussão na sociedade muito maior do que deveria ser, podendo muitas vezes decretar a preventiva em face de situação equivocada.

Ademais, importante lembrar que ordem pública e clamor social não possuem a mesma conotação, sendo que este último não configura elemento cabível para a preventiva. Diante disso, explica Luíz Flávio Gomes:

“(...) ordem pública e clamor social não se confundem. Esse não é elemento apto a ensejar prisão preventiva, ou seja, a repulsa ao crime não é fator hábil a autorizar que alguém, seja quem for, seja privado preventivamente da sua liberdade.”¹⁷

Não sendo suficientes, as críticas ainda recaem apenas sobre a gravidade do crime cometido pelo indiciado. Nesse caso, o que se leva em consideração é apenas o tipo de crime praticado, devendo ele ser extremamente perigoso para ser motivo de decretação da preventiva.

Diante do exposto, depreende-se que a situação do Brasil é bastante bagunçada, isso porque está ausente um critério seguro para definir o caso sobre a aplicação da preventiva com fundamento na Ordem Pública, motivo que a torna bastante abusiva, sendo utilizados nos mais variados casos.

Uma das maiores problemáticas está contida na necessidade da garantia da ordem pública com base na reiteração criminosa do agente, pois acreditam que este irá repetir o crime novamente, como explicado parágrafos acima. Entretanto, a crítica se faz acerca da presunção de culpa por parte dos juízes, onde de certa forma, estariam “adivinhandando” um fato futuro que poderia nem vir a acontecer. Relatado isso, sustentam ser essa presunção inconstitucional, pois estariam corrompendo com a possível inocência do acusado.

Nesse sentido:

“Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranqüilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; SOUZA, Patrícia Ap. *Prisão preventiva: conceito de “ordem pública”*. Disponível em <http://lfq.com.br>. Acesso em 20/09

antecipação de culpabilidade. Como se vê, a questão é bastante complexa.” (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9786_

Outrossim, interessante colacionar o entendimento de Aury Lopes Jr:

“(...) não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até, porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública.”¹⁸

Por fim, pode-se concluir que a decretação da preventiva se dá basicamente em três determinados fatos: I- quando se presume a reprodução do crime por parte do agente, excluindo a presunção da inocência; II- quando o clamor social decorre de maneira exacerbada pela prática do crime; III- quando é considerada apenas a gravidade em abstrato do delito.

Em consequência das críticas analisadas acima, indaga-se se seria possível respeitar o estado constitucional de inocência do acusado em conjunto com a proteção da sociedade.

Portanto, a função da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública se baseia na proteção da comunidade contra crimes que o indiciado possa praticar quando enquanto estiver em liberdade. Contudo, é de extrema importância que o juiz fundamente tal decisão, amparando-se em situações que tenham ocorrido no caso concreto e que tenha como consequência o desconforto da sociedade, ou seja, que seja confirmada e caracterizada o risco para a ordem pública.

Dessa forma, as simples leituras das normas positivadas não ensejam o cabimento da preventiva, pois como o sustentado até agora, carece de uma conceituação rígida e precisa para solucionar os problemas. Sendo assim, torna-se necessário que os fatos ocorridos sejam confirmados, para que não possa gerar nenhum erro e prejuízo posteriormente.

Dentro desse contexto, Luiz Flávio Gomes enfatiza a fundamentação

¹⁸ LOPES, JR Aury. *Novo regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. p. 93

necessária do juiz no momento da aplicação da preventiva, pois sem o adimplemento desses requisitos, a prisão será considerada inválida.

Portanto, diante todo o exposto, conclui-se que há um conflito entre os direitos fundamentais, sejam eles o princípio da inocência e o direito de liberdade do imputado, contrapondo com o direito à segurança de todos. Fatos esses que geram polêmicas e discussões até hoje, tendo boa parte da doutrina entendendo que o que deve prevalecer é o princípio da inocência, e por outro lado, aqueles que entendem que deve prevalecer o direito à segurança da sociedade, sacrificando o estado de inocência do indiciado, juntamente com o seu direito à liberdade.

À frente de tanta discussão, no próximo capítulo será abordado o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

CAPÍTULO II

1 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA DECRETÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Ante tudo o que foi exposto no capítulo anterior, tem-se que o tema acerca da delimitação da ordem pública é bastante tormentoso, isso devido ao amplo significado que o termo jurídico abrange.

Esse assunto vem sendo discutido e interpretado pelos Tribunais e pela doutrina de forma bem diferente. Por isso, far-se-á uma análise sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, demonstrando as problemáticas envolvidas nessa discussão e, ao mesmo tempo, fazendo uma breve comparação com outros Tribunais Estaduais.

Conforme exposto durante o trabalho, a divergência de interpretações traz colisões com os princípios fundamentais tipificados na nossa Constituição Federal, como por exemplo, o estado de inocência, que está atrelado à liberdade individual do acusado, prejudicando os direitos e garantias deste.

Posto isso, os Tribunais Superiores estão contendo as decisões discricionárias dos Tribunais Estaduais a respeito da prisão preventiva para garantia da ordem pública, delimitando rigorosamente o tema para poder evitar maiores

controvérsias e afronta aos princípios fundamentais, pois tamanha diversificação acarreta em insegurança jurídica para a sociedade.

Dessa forma, a nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º LVII, afirma que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*. Entretanto, a própria Constituição faz uma contradição em suas regras, quando coloca a possibilidade de haver prisão do acusado antes mesmo da sentença ter transitado:

Artigo 5º da Constituição Federal:

*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.*¹⁹

No entanto, é reconhecido jurisprudencialmente e doutrinamente que a prisão pode ser decretada antes da sentença condenatória, desde que haja caráter excepcional e cautelar em sua aplicação. Portanto, a prisão cautelar, como explicado no capítulo anterior, só pode ser decretada caso não haja alternativa para determinado caso concreto, devendo ser excepcional.

EMENTA - HABEAS CORPUS - EXTRADIÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA EFEITOS EXTRADICIONAIS - ALEGAÇÃO DE INOBSERVANCIA DE EXIGENCIAS FORMAIS FIXADAS EM TRATADO DE EXTRADIÇÃO - INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR COM A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE - INOCORRENCIA - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JUIZ NATURAL NOS PROCESSOS EXTRADICIONAIS - LIMITES TEMATICOS DO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO - CONJUGE OU FILHOS BRASILEIROS - SÚMULA 421/STF - SUPERVENIENCIA DO PEDIDO EXTRADICIONAL DEVIDAMENTE INSTRUIDO COM A DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA PELO TRATADO DE EXTRADIÇÃO - WRIT PREJUDICADO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado que o instituto da prisão preventiva, que desempenha nítida função de natureza cautelar em nosso sistema jurídico, não se revela incompatível com a presunção constitucional de não-culpabilidade das pessoas.²⁰

Nestes termos, tem-se que a prisão cautelar objetiva garantir um bom andamento processual, proporcionando êxito na decisão que será prolatada. Em outras palavras, tutela-se o desenvolvimento do processo, a fim de garantir a

¹⁹ SARAIVA, 2013, VADE MECUM

²⁰ Hábeas Corpus (HC) nº 71402/RJ, T. Pleno, STF, Min. Celso de Mello, julgado em (j.) 9/05/1994

veracidade da sentença. Por outro lado, a presunção de inocência afirma que o réu é um sujeito de direitos, pois promove a efetivação dos seus direitos fundamentais dentro do processo penal.

“O choque entre os dois institutos é extremamente comum, uma vez que a prisão preventiva possui, dentro outros, alguns fundamentos carregados de generalidades, abrindo, dessa forma, preceito para um julgamento mais subjetivo por parte do juiz. Mas este – subjetivismo – não se reputa benéfico, dado que esta modalidade prisional deveria ter suas previsibilidades mais restritas, pois é uma medida cautelar que deve ser aplicada como último recurso – exceção, quando todas as demais opções forem esgotadas ou se mostradas não efetivas.”²¹

Ou seja, é devido a grande relação entre a prisão processual e o princípio da presunção de inocência que se constitui esta primeira como medida de exceção, sendo apenas permitida naqueles casos em que se demonstra extrema necessidade para sua decretação. Entretanto, esse ainda é um ponto muito debatido e discutido entre os Tribunais, mas, como visto, o Supremo Tribunal Federal entende não haver incompatibilidade entre ambos pelo fato da prisão preventiva ser uma medida cautelar, decretada no curso do processo, com o intuito de proteger os meios e fins de maneira excepcional.

Importante ressaltar que com o advento da Lei nº 5.349 de 1967, a prisão preventiva deixou de ser uma medida obrigatória, podendo ser facultativa e decretada pelo juiz de acordo com seu livre convencimento e com base nos fatos concretos, levando em consideração seu caráter excepcional e sua vinculação com os requisitos estabelecidos em lei.

Dessa forma, posto que a prisão preventiva possa ser decretada sem entrar em desacordo com princípios constitucionais, cabe agora analisar o entendimento acerca da ordem pública, tema a ser discutido neste presente trabalho.

1.1 CLAMOR SOCIAL

A primeira controvérsia a ser abordada trata-se de algo já falado no primeiro capítulo, qual seja a confusão entre ordem pública e clamor social. Como dito, clamor social significa a repercussão social negativa que a prática de um crime

²¹ GOMES, Magno Federici e TRINDADE, Hugo Vidal, p. 32/33

trouxe para a sociedade, ou seja, a inconformidade da população diante tal delito cometido.

Entretanto, qualquer tipo de crime gera um abalo social, pois causa revolta entre a sociedade e o acusado. Mas esse não pode ser o ponto crucial para a decretação de uma prisão cautelar, porque assim poderia ferir o princípio da presunção de inocência do réu. Quando dois direitos se batem, sejam eles a liberdade do réu e a proteção da sociedade, deve-se sempre atender a maioria, portanto, a sociedade. Porém, por se tratar de um direito fundamental lesionado do réu, é necessário visualizar o fato de forma cuidadosa a fim de ser justo com ambas as partes. Por isso, o clamor social não é fator necessário para a privação de liberdade do acusado, pois se trata apenas de uma indignação social. Deve-se, portanto, analisar outros requisitos para sua aplicação.

Infelizmente, muitos Tribunais Estaduais vem aceitando o clamor social como motivo único para a decretação da preventiva, o que acaba afrontando direitos fundamentais do acusado, como a presunção de inocência e seu direito de responder o processo em liberdade. Dessa forma:

HABEAS CORPUS - CRIME DE QUADRILHA E RECEPÇÃO - LIBERDADE PROVISÓRIA - DESCABIMENTO - CLAMOR PÚBLICO - NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

·Justifica-se o indeferimento da liberdade provisória ante a necessidade de garantia da ordem pública, uma vez demonstrada a extrema gravidade e grande repercussão social da conduta praticada pelo paciente, hipótese em que a custódia se mostra necessária, independentemente das circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter trabalho lícito e residência fixa.

·Ordem denegada. Unânime. ²²

Mesmo sendo esse o entendimento de alguns Tribunais, o STF vem se posicionando de maneira contrária, afirmando a distinção entre clamor social e ordem pública, e ainda desconsiderando tal fator como determinante para a aplicação da prisão preventiva.

STF - HABEAS CORPUS HC 85046 MG (STF)

Data de publicação: 10/06/2005

²² Acórdão n.185506, 20030020114111HBC, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Conselho da Magistratura, Data de Julgamento: 21/01/2004, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 11/02/2004. Pág.: 41

Ementa: HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. CLAMOR PÚBLICO E REPERCUSSÃO SOCIAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA OITIVA DE TESTEMUNHA APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a simples invocação do clamor público e da repercussão social, provocados pelo fato delituoso, não constituem fundamentos idôneos à decretação e manutenção da prisão cautelar.²³

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE BASE CONCRETA. 1. O entendimento pacificado nesta Corte é no sentido de que a prisão preventiva não se justifica para garantia da ordem pública quando apoiada no clamor social.²⁴

Ademais, outro fator que intensifica o clamor social é a divulgação exacerbada da imprensa, que afronta mais ainda o princípio da presunção de inocência, pois sempre divulga os fatos do crime de forma exagerada e normalmente confirmando sua autoria, passando uma visão extremamente polêmica para a sociedade. Assim sendo, o clamor público muitas vezes é gerado pela falsa polêmica da mídia, o que acaba causando uma inconformidade da sociedade e por isso para alguns Tribunais, torna-se motivo suficiente para decretar a preventiva baseada na garantia da ordem pública.

Dessa forma, o clamor social é confundido com os fatos narrados e transmitidos pela imprensa, agregando um valor maior ao que realmente foi cometido no crime e assim gera uma revolta da sociedade contra o acusado, o qual já tem sua autoria praticamente confirmada, devido a tanto alvoroço causado pela mídia. Dentro dessa ótica, vale ressaltar:

“(...) convém esclarecer que a mídia também é responsável por essa dramatização da violência. Atua de forma sensacionalista, fazendo da exceção a regra, criando na sociedade um clima de tensão, acabando, desta forma, por difundir larga e erroneamente que a ideia de liberdade é sinônimo de impunidade.”²⁵

Em decorrência da maneira em que a mídia demonstra os fatos ocorridos, muitos crimes são julgados de forma diversa do que deveriam, devido ao fato de que o resultado que é transmitido para a população é sempre mais volumoso do que o que realmente acontece. É o caso, por exemplo, ocorrido em São Paulo, a saber:

²³ STF, HC 85046 MG, rel. EROS GRAU, DJ 10-06-2005

²⁴ STF, HC 94144 SP, rel. OTÁVIO AUGUSTO, j. 20/05/2008

²⁵ LIMA, Camille Eltz de. Op. Cit., p. 157

Deve-se ter em mente o valor social e educativo dos meios de comunicação que cumprem uma função de alto interesse público que é levar informação à população; mas, vale destacar também que esta liberdade de informação e de comunicação garantida pela CF em seu art. 5º, exige o compromisso de que a veiculação de notícias seja feita com responsabilidade, respeitando os princípios estabelecidos na Constituição brasileira. Um bom exemplo que ilustra a irresponsabilidade da mídia quando da veiculação de notícias relativas a crimes é o caso da Escola Base em São Paulo, que aconteceu em 1994, que consistiu em uma denúncia infundada sobre abuso sexual de crianças na referida escola.

Em março de 1994, vários órgãos da imprensa publicaram uma série de reportagens sobre seis pessoas que estariam envolvidas no abuso sexual de crianças, todas alunas da Escola Base, localizada no bairro da Aclimação, na capital. Os seis acusados eram os donos da escola Ichshiro Shimada e Maria Aparecida Shimada; os funcionários deles, Maurício e Paula Monteiro de Alvarenga; além de um casal de pais, Saulo da Costa Nunes e Mara Cristina França. A divulgação da notícia pela mídia nacional levou ao saque e à depredação da escola pela população escandalizada e à prisão preventiva dos suspeitos. Após um tempo, o saldo deste escândalo foi um inquérito arquivado por falta de provas e diversas ações de indenização contra o Estado de São Paulo, bem como em face de vários jornais, revistas e emissoras de televisão. Até hoje os suspeitos cumprem a pior pena de todas, a da exclusão social provocada pela estigmatização e preconceito de que foram vítimas pela ampla exploração midiática do fato, além do comprometimento da vida profissional dos donos do colégio, que ficou arruinada.²⁶

1.2 GRAVIDADE DO CRIME

Outro aspecto importante a ser analisado sobre o tema tange no que se trata da gravidade do crime, o qual não pode ser também motivo principal que corrobora com a decretação da prisão preventiva. Isso ocorre porque qualquer crime cometido gera um “abalo social”, independente de qual delito for, pois sempre envolve a revolta da sociedade devido ao valor reprovável da ação. Sendo assim, a gravidade do delito não pode dar ensejo à privação de liberdade do indivíduo, pois dessa forma iria regredir ao sistema de prisão preventiva obrigatória que existia antes da Lei anteriormente citada.

Portanto, a simples convicção de que a gravidade do crime enseja a prisão preventiva baseada na ordem pública, não justifica sua decretação mesmo

²⁶ SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro. O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva. Aracaju: Evocati Revista n. 39, mar. 09 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=314 >. Acesso em: 27/09/2015

que o crime seja hediondo, pois é preciso que demonstre a real necessidade da sua aplicação, baseando-se nos requisitos exigidos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Se o simples caráter hediondo do crime caracterizasse a decretação, estaríamos voltando a aplicação automática que tínhamos antes, a saber:

À vista disso, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é bastante claro em relação ao tema:

Ementa: PRISÃO PREVENTIVA - GRAVIDADE DO CRIME. O princípio constitucional da não-culpabilidade afasta a possibilidade de a **gravidade do crime** imputado respaldar a **preventiva. PRISÃO PREVENTIVA.**²⁷

Ou seja, no entendimento do Supremo ainda prevalece a garantia da presunção de não-culpabilidade, não constituindo, portanto, a gravidade abstrata do ato cometido como fundamento para aplicar a prisão. Ainda assim, importante destacar que em relação a gravidade em concreto do crime, o Supremo Tribunal Federal entende ser necessária a custódia cautelar:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE HC PROLATADO POR TRIBUNAL ESTADUAL. IMPETRAÇÃO DE NOVO WRIT NO STJ EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. VEDAÇÃO. **GRAVIDADE INCONCRETO DO DELITO.** FUGA DO DISTRITO DE CULPA. PRÁTICA DE ATOS QUE COMPROMETEM A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA FIXA E PROFISSÃO LÍCITA: CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS QUE, POR SI SÓS, NÃO OBSTAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A prisão preventiva para **garantia da ordem pública**, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal justifica-se ante **agravidade in concreto** do crime e a **fundada** necessidade de preservar o regular desenvolvimento da instrução criminal, bem como em razão das evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal. (STF, RHC 118973 RJ, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, J. 25/02/2014, Publ. 19-03-2014)

Ainda assim, se for levar em consideração apenas a gravidade do delito, estaríamos fazendo uma comparação com o clamor social, pois é o modo de

²⁷ STF - HC 90224 SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe-162, j. 12/05/2009, Publ. 27/08/2009

como é executado o crime que assusta a sociedade e conseqüentemente “requer” do judiciário um posicionamento ativo para dar justiça a determinado caso. E é esse um dos maiores equívocos que os Tribunais estão sustentando, haja vista que analisam apenas aquele assunto que gera polêmica, sem se depararem com os direitos fundamentais que o réu possui e que deve ser respeitado.

1.3 CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA

Dando seguimento ao raciocínio, outro erro cometido pelos Tribunais trata daquele em que a justiça aplica a prisão cautelar para se demonstrar ativa ao que vem ocorrendo dentro da sociedade, ou seja, para passar uma sensação de segurança para população. Entretanto, esse caminho muitas vezes bate de frente com os princípios constitucionais, pois a ideia aqui é somente dar uma “falsa impressão” para todos.

A gravidade concreta do crime cometido gera uma repercussão negativa no meio social, o que corrobora com uma situação de impunidade na sociedade e, portanto, compromete um cargo de responsabilidade pelos órgãos encaminhados a exercer o poder de justiça no local.

Pode-se dizer que afronta os princípios constitucionais pelo fato de decretar a prisão preventiva para “garantir” uma segurança para a sociedade. Ou seja, fica nítida a inexistência de circunstâncias necessárias para sua aplicação, pois qualquer que seja o crime, as autoridades estão fazendo justiça apenas por omitir clamor social, dando essa equívoca visão de segurança. Em outras palavras, muitos Tribunais se baseiam na credibilidade da Justiça para garantir a ordem pública, o que mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal vem freando tal comportamento, a fim de evitar que os direitos fundamentais do acusado, como o da presunção de inocência, sejam mais uma vez prejudicado.

Ocorre aqui que o acontecimento de um crime gera na sociedade um sentimento de insegurança, e esta implora para que o Estado exerça justiça em cima de tal fato. Porém, a própria sociedade não enxerga o outro lado, não permite que o direito penal esteja voltado também para a proteção do acusado, para a segurança de que o réu seja julgado corretamente, conforme estipula o diploma legal. Por essa razão que o STF entende que a credibilidade da justiça não pode acarretar em prisão preventiva, pois afeta o caráter preventivo da prisão, se tornado,

na verdade, um tipo de condenação antecipada. Sendo assim, mais uma vez os direitos fundamentais do acusado tipificados na nossa Constituição de 1988 se torna preferível no entendimento do Supremo:

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADOS, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E SEQÜESTRO. PROCESSUAL PENAL. **PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA, GRAVIDADE DO CRIME E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: INIDONEIDADE. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL: FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.** 1. O fundamento da garantia da ordem pública é inidôneo quando alicerçado na **credibilidade da justiça** e na gravidade do crime. De igual modo, circunstâncias judiciais como a gravidade do crime, o motivo, a frieza, a premeditação, o emprego de violência exacerbada e o desprezo pelas normas que regem a vida em sociedade não conferem base concreta a justificar a exigência de garantia da ordem pública.²⁸

Assim sendo, no que tange a credibilidade do Poder Judiciário como motivo para decretar a prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, não é fundamento suficiente para sustentar tal motivação, haja vista que a repercussão dos crimes gera um desconforto na sociedade que não entende de normas e direitos, e enseja apenas que a justiça seja feita de acordo com o que foi praticado, sem se importar com as condições do réu. Dessa forma, um aplicador de normas não deve se comparar ao que a sociedade entende como justo, e sim decretar tudo aqui que for de acordo com o nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, ainda há parte da doutrina que entende ser de suma importância a prisão preventiva decretada com fundamento na credibilidade da justiça, pois acreditam que a custódia cautelar tem como objetivo “proteger o meio social”, retirando o sentimento de impunidade que surge em decorrência da gravidade do delito. Por isso, fundamentam que a credibilidade da justiça é essencial, pois pode manter a confiança que a população deposita em cima de tal, na tentativa de excluir o medo causado pela ação.

1.4 PERICULOSIDADE DO AGENTE

Por fim, imperioso ressaltar acerca da ordem pública baseada na

²⁸ STF - HC 88535 PE, Rel. EROS GRAU, Segunda Turma, DJ 02-06-2006, j. 16/05/2006, Publ. 02/06/2006

periculosidade do agente. Esse sim é um assunto menos polêmico, pois a maioria dos Tribunais, inclusive os superiores, vem ratificando o mesmo entendimento.

Para muitos doutrinadores, essa interpretação afeta o direito de liberdade e o princípio do estado de inocência, pois em alguns casos, mesmo o réu sendo primário e tendo bons antecedentes, a decretação da preventiva é realizada da mesma forma. Muitos caracterizam isso como uma antecipação da pena, haja vista que privam o acusado de sua liberdade antes mesmo da sentença ser transitada em julgado, e por essa privação acabam por afirmar a autoria do condenado durante o curso do processo.

Alguns autores como Aury Lopes são completamente contra a privação de liberdade antes mesmo da sentença final:

“Assume contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal e a presunção de inocência. SANGUINÉ explica que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública (ou, ainda, clamor público) acaba sendo utilizada com um função de prevenção “prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém, deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir.”²⁹

E ainda, há autores que acreditam que a prisão preventiva possa ser determinada durante o processo, porém, a fundamentação baseada na periculosidade do agente ainda é contestado:

“Desta forma, pode-se concluir que a decretação da prisão preventiva baseada na periculosidade do réu não pode subsistir, em virtude de seu nítido caráter de prevenção especial negativa, característica que só pode pertencer à prisão penal, além da perda da instrumentalidade da prisão processual, tendo em vista que tal fundamento não preenche a função de acautelar o processo ou a instrução criminal, característica, esta sim, marcante da prisão cautelar, apesar de a jurisprudência uníssona se posicionar de forma favorável a esta interpretação,”³⁰

Entretanto, realizada uma análise do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, tem-se que este Tribunal está em conformidade com a decretação

²⁹ LOPES, Aury Jr. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva 2013. Pg 110-111

³⁰ SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro. O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva. Aracaju: Evocati Revista n. 39, mar. 09 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=314 >. Acesso em: 27/09/2015

baseada na periculosidade do agente, como demonstra a:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. **PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE.** GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. A **periculosidade** do **agente**, aferida pelo modus operandi na prática do crime, é suficiente à decretação da **prisão preventiva** para garantia da ordem pública. Ordem indeferida.³¹

O embasamento para essa periculosidade encontra-se no fundamento de que o réu é perigoso porque já cometeu outros crimes ou porque este pode vir a cometer um crime. São duas situações diferentes, posto que a primeira está corretamente fundamentada, pois se o réu cometeu um novo ou até o mesmo crime, este claramente representa uma figura perigosa para a sociedade. Porém, no segundo caso, existe uma presunção de culpabilidade, devido ao fato de já acreditar que o acusado irá praticar o crime novamente, ou seja, existe uma clara afronta aos princípios constitucionais já mencionados.

Dessa forma, a modalidade prisional examinada, mesmo sendo muitas vezes contraditória aos direitos fundamentais elencados na nossa Constituição, é de certa forma indispensável para garantir a segurança do processo, como por exemplo, para garantir o devido processo legal. Ou melhor, mesmo sendo muitas vezes contestada por vários juristas, a sua retirada do ordenamento jurídico brasileiro é impossível.

Dentro desse contexto, conclui os autores Magno Federici Gomes e Hugo Vidal Trindade:

“Todavia, se o *estado de inocência* for devidamente observado quando da aplicação dessa medida acautelarória, com os seus pré-requisitos preenchidos devidamente (*fomms commissi delicti* e o *periculum libertatis*), sendo utilizada como último recurso – casos extremos – e amplamente fundamentada pelo juiz competente, haverá a possibilidade de uma aplicação pelo juiz competente, haverá a possibilidade de uma aplicação em harmonia, afastando, assim, sua parte de inconstitucionalidade.”³²

Assim sendo, a prisão preventiva é uma modalidade cautelar necessária para nosso ordenamento jurídico, porém, muitos Tribunais não se

³¹ STF - HC 100156 AL, Rel. Min. EROS GRAU, DJe-076, j. 09/03/2010, Publ. 29/04/2010

³² GOMES, Magno Federici e TRINDADE, Hugo Vidal. A compatibilidade entre a Presunção de Inocência e a Prisão Preventiva. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 18-32, 2000

atentam aos princípios tipificados, e na maioria das vezes, decretam a prisão preventiva de forma contraditória com esses princípios. Por isso, como foi analisado neste capítulo, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando de forma a reprimir essa aplicação, colocando-se sempre a favor das garantias constitucionais e decretando a preventiva apenas em casos excepcionais, quando analisados e preenchidos os requisitos para tal.

Por fim, a prisão preventiva deve abandonar o cargo de antecipação da tutela, transformando sua prioridade com o princípio de não culpabilidade do acusado, e utilizá-la como um método processual penal.

CONCLUSÃO

De acordo com o trabalho exposto, pode-se concluir que a prisão preventiva é decretada apenas em situações excepcionais e que sua aplicação deve importar em fundamentação plausível. Ademais, os requisitos contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal devem ser estritamente verificados, pois caso contrário pode implicar em uma inconstitucionalidade do instituto.

Posto isso, é de suma importância à exigência de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, como pressupostos essenciais para sua decretação. Além disso, é exigida a presença do *fomus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Dentro desse contexto, existindo indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime, a prisão preventiva pode ser aplicada com fundamentos na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal. Dentre esses fundamentos, a mais utilizada pelos Tribunais é o da garantia da ordem pública, trazendo diversas discussões a respeito do tema devido a sua falta de conceituação

estrita.

Sendo assim, a ausência de um conceito formal de “ordem pública” acarretou em interpretações diferenciadas pelos juristas, pois não há um diploma legal que estabilize tal entendimento. Por isso, trata-se de um tema bastante polêmico, devido ao fato de se relacionar com direitos individuais de liberdade, podendo privar um sujeito de locomoção. Entretanto, ao mesmo tempo, faz-se necessário um método que possa assegurar o andamento do processo, para que se possa chegar a um julgamento justo e correto.

À respeito disso, foi verificado que a interpretação da garantia da ordem pública pelos Tribunais está afrontando os princípios elencados na Constituição, como por exemplo, o princípio da presunção de liberdade que vem sendo prejudicado e afastado como meio de proteção do réu. Dessa forma, foi colocado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito de tal problemática, o que ficou visível sua quase total discordância com os demais Tribunais.

Em decorrência disso, é imperioso que a garantia da ordem pública esteja sempre dentro dos parâmetros do direito de liberdade do indivíduo, podendo este ser somente afetado perante fundamentos justificáveis, que demonstrem realmente a necessidade da prisão preventiva. Ademais, é de extrema importância que a imposição dessa prisão fundamentada na garantia da ordem pública deve estar sempre em harmonia com os princípios constitucionais, a fim de que se demonstre seu caráter cautelar.

Posto isso, a prisão preventiva deve preencher todos os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, além de conter os fundamentos e pressupostos que motivem o decreto prisional, baseado em fatos concretos que necessitem de uma medida acautelatória para determinando momento. Ou seja, discorre então que a prisão preventiva é essencial para que se proteja o processo, para que se chegue a um julgamento justo e preservado, que pode ser atrapalhado por ações causadas pelo réu. Entretanto, esses fatos devem ser claros e visíveis, para que se possa dar uma correta segurança para o fim do processo.

Ainda assim, foi concluso que os principais motivos que ensejam a

decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública interpretados pelos Tribunais foram: o clamor social; a gravidade do delito; a credibilidade da justiça; por fim, a periculosidade do agente. Dentro desses fundamentos, foi explicado que o clamor social, um dos erros mais corriqueiros cometidos pelos Tribunais, se confunde muito com a ordem pública. Porém, dentro desse caso, o clamor social não pode autorizar a aplicação da preventiva pelo simples fato de que o abalo social causado pelo crime cometido não gera motivo suficiente para sua decretação. Como colocado, todo crime transmite um desconforto na sociedade, causando ainda uma indignação e reprovação sobre a ação praticada pelo acusado, entretanto, não se respalda a inconformidade da população motivo único para retirar a liberdade de um indivíduo e muito menos para presumir que ele realmente seja o culpado. Em segundo caso, a gravidade do delito também não justifica a custódia cautelar, tendo em vista que o meio como foi executado o crime é algo acessório, que deve ser levado em consideração apenas para cálculo da pena e não para garantia e preservação do processo. Dessa mesma forma, a credibilidade da justiça, por si só, não enseja a necessidade da prisão preventiva, pois o simples fato de demonstrar que a Justiça tem um caráter instrumental para acautelar o processo não justifica tal medida, tendo em vista que nem sempre é exigido essa utilidade para efetivar a decisão final.

Por último, foi explanado acerca da periculosidade do agente, que é o único fundamento sustentando como suficiente pelo STF para a decretação da preventiva. Todavia, para alguns doutrinadores, essa justificativa ainda afronta os direitos constitucionais e assume um caráter de antecipação de pena do acusado. Isso ocorre porque a periculosidade do agente é dividido em duas formas: àquela em que ele já cometeu outro crime ou àquela em que ele pode vir a cometer outro crime. Se a decretação for baseada no primeiro caso, existe aí uma correta aplicação da medida imposta, porém, se for fundamentada no segundo caso, existe uma presunção de culpabilidade, que acaba por ferir uma das garantias do réu, que é o direito de se presumir inocente até que haja sentença condenatória transitada em julgado.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entende que se existem elementos necessários que demonstrem a periculosidade do agente, ou seja, que não cessaram ainda as atividades do acusado, deve-se aplicar ou manter a custódia

cautelar.

Em razão da polêmica de que a prisão cautelar motivada na garantia da ordem pública não é interpretada como inconstitucional por alguns juristas, é defendido por alguns doutrinadores que essa garantia possui um conteúdo bastante abrangente e que essa ausência de delimitação pode acarretar em uma medida pesada, sendo capaz de privar o indivíduo de sua liberdade. Por isso, o entendimento dessa garantia deve ter um patamar limitado, com o objetivo de restringir interpretações diversas e assim poder gerar uma melhor segurança jurídica.

Dessa forma, o objetivo do trabalho foi estudar o instituto cautelar aplicado para depois analisar como vem sendo entendido pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda, se este encontra-se em conformidade ou não com os outros Tribunais. Além disso, a finalidade do estudo foi para que possamos perceber e nos atualizar do que está acontecendo dentro do País, de como princípios fundamentais constitucionais são extremamente violados na maioria dos casos, e para que assim, se consiga harmonizar os institutos citados de forma que a prisão preventiva possua caráter cautelar e que esteja sempre baseada em fundamentos concretos.

REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARAIVA, Vade Mecum, 2013..

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

FREITAS, Jayme Walmer. **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Franco, Paulo Alves. **Prisão em Flagrante Preventiva e Temporária**. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

LOPES, Aury Jr. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva 2013

GOMES, Luiz Flávio; SOUZA, Patrícia Ap. *Prisão preventiva: conceito de “ordem pública”*. Disponível em <http://lfg.com.br> Acesso em 20/09

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Editora RT, 4ª edição.

GOMES, Magno Federici e TRINDADE, Hugo Vidal. A compatibilidade entre a Presunção de Inocência e a Prisão Preventiva. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 18-32, 2000.

LIMA, Camile Eltz de. A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista dos Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 157, 2003

SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro. O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva. Aracaju: **Evocati Revista** n. 39, mar. 09 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=314 >. Acesso em: 02/09/2015

_____.TJDF. HBC 20140020312090. Relator José Guilherme. Julgado em 18/12/2014. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162920913/habeas-corpus-hbc-20140020312090-df-0031729-8720148070000> Acesso: 14 setembro 2015

_____.Tribunal de Justiça do RS. Habeas Corpus Nº 70016461592. Relator Nereu José Giacomolli. Julgado em 31/08/2006. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Habeas+Corpus+N%C2%BA+70016461592&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris Acesso: 15 setembro 2014.

_____.Supremo Tribunal Federal. HC nº 71402/RJ. Ministro Celso de Mello. Julgado em 9/05/1994. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706067/habeas-corpus-hc-71402-rj>. Acesso em: 9 setembro 2015.

_____. Acórdão n. 185506, 20030020114111HBC. Relator Otávio Augusto. Julgado em 21/01/2004. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;conselho.magistratura:acordao:2004-01-21;185506>. Acesso: 9 setembro 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 85046 MG. Relator Eros Grau. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739214/habeas-corporus-hc-85046-mg/inteiro-teor-103124724>. Acesso: 9 setembro 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94144 SP. Relator Otávio Augusto. Julgado em 20/05/2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720738/habeas-corporus-hc-94144-sp>. Acesso: 9 setembro 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 90224 SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/05/2009. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14713835/habeas-corporus-hc-90224-sp>. Acesso: 10 setembro 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 88535 PE. Relator Eros Grau. Julgado em 16/05/2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14732415/habeas-corporus-hc-88535-pe>. Acesso: 10 setembro 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 100156 AL. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 20/04/2010. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087144/habeas-corporus-hc-100156-al>. Acesso: 10 setembro 2015