

## A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

**FERNANDES, Luciane Santos**

Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva

**RUSSI, Leonardo Mariozi**

Mestrando em Direito e Docente na Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva – FAIT

### RESUMO

A garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva fomenta a discussão acerca de sua definição e viabilidade. O tema deste trabalho vem obtendo visibilidade em virtude do posicionamento dos diversos entendimentos doutrinários e de tribunais pátrios, de modo a resguardar o princípio da jurisdicionalidade e motivação da prisão cautelar. Divide opiniões pelo conflito existente entre a garantia do direito à liberdade e do direito à segurança para com a dignidade da pessoa humana. Ainda, visa discutir a questão da influência da mídia nas decisões judiciais bem como a consequência trazida ao sistema carcerário brasileiro em virtude da ausência de fundamentação da prisão preventiva

**Palavras-chave:** Prisão Preventiva, Princípios, Ordem Pública, Fundamentação.

### ABSTRACT

The guarantee of public order as a basis for the decree of pre-trial detention fosters discussion about its definition and viability. The subject of this work has been gaining visibility due to the position of various doctrinal understandings and courts, in order to safeguard or the principle of jurisdiction and motivation of precautionary arrest. Share opinions by the conflict between the guarantee of rights and the right to security with dignity of the human person. Still, the visa discusses a question of media influence in court decisions, as well as a consequence brought to the Brazilian prison system due to the lack of foundation of pre-trial detention.

**Keywords:** Detention, Principles, Public Order, Justifications.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo 311 do Código de Processo Penal admite em qualquer fase da investigação policial ou processual, a decretação de prisão preventiva pelas autoridades competentes.

Contudo, um dos requisitos para a decretação da medida é a garantia da ordem pública que, como noção cediça, não possui uma definição concreta.

Assim, com a lacuna na legislação, necessária se faz a discussão acerca da construção de uma definição estrita do mencionado requisito, em prol da segurança jurídica e dos consagrados princípios constitucionais.

Ademais, com a grande influência da mídia gerando repercussões sociais, é extremamente importante diferenciar a garantia da ordem pública com o clamor social, para que a sociedade não venha a interferir na decisão do magistrado quando da decretação de uma prisão cautelar.

Para tanto, o método de pesquisa a ser utilizado será o dedutivo, mediante revisão de literatura, lei e jurisprudência, e a partir de uma análise da diversidade doutrinária acerca do assunto, abordar as possíveis soluções.

## **2. DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO PARA PRISÃO PREVENTIVA**

### **2.1. A decretação de uma prisão cautelar na visão constitucional.**

O sistema processual penal hoje existente é pautado por meio de princípios constitucionais, os quais estão completamente interligados ao sistema penal e conseqüentemente aos princípios constitucionais decorrentes do sistema penal.

Desta forma, devemos visualizar um cenário unificado das ciências criminais, o qual é regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Destarte, o *caput*, do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe *que é inviolável o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Da leitura,

entende-se que sempre haverá um natural confronto entre a liberdade e a segurança, quando se trata da aplicação das normas penais e processuais penais.

Todavia, por oportuno mencionar os ensinamentos de (NUCCI, 2014, p. 16) no sentido de que:

“(...) não havendo direito absoluto, flexibilizando-se cada um deles na medida exata da necessidade de aplicação dos demais, tem-se que a liberdade individual é de suma relevância, desde que não deva abrir espaço para a aplicação da pena-sanção fixada em decisão definitiva, respeitado o devido processo legal. Do mesmo modo, a liberdade individual cede espaço à segurança pública, também individualizada, sob o ângulo de cada cidadão beneficiado, abrindo caminho para a aplicação da prisão cautelar”.

Por outro lado, o Código de Processo Penal, com o surgimento da Lei 12.403/2011, conhecida como a “lei de prisões”, estabeleceu diretrizes que devem ser observadas quando houver a necessidade de segregação cautelar contra o acusado.

Importante destacar ainda que, há previsão legal e formas de garantir o cumprimento das normas constitucionais no que diz respeito ao direito à liberdade, à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana, trazendo meios de resguardar a liberdade do acusado quando há a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, conforme descritas no artigo 282 do Código de Processo Penal. Em suma, conclui-se, ser a prisão cautelar um evento excepcional na vida do indiciado ou réu. Logo, a liberdade individual é a regra, a prisão cautelar, exceção.

## 2.2. Do Conceito de Prisão:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao prever o princípio da individualização da pena, estabeleceu dentre outras, a pena a privação

ou restrição da liberdade (art. 5º, XLVI, “a”, CRFB/1988), que por sua vez, consiste na perda do direito de ir e vir, também garantido pela Constituição.

A respeito do conceito de prisão, (CAPEZ, 2017, p. 306) aduz que: “É a privação da liberdade de locomoção em virtude do flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Na mesma toada Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar (TÁVORA, 2017, p. 891), lecionam que:

“A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir da decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é a verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.”

Em suma, como especificado acima, a prisão consiste na exceção à liberdade de locomoção, em virtude de uma ação supostamente cometida pelo agente, a qual está descrita na lei penal ou nas legislações extravagantes como sendo um fato típico, ilícito e culpável.

Nesse panorama, importante diferenciar a prisão *carcer ad poenam* da prisão *carcer ad custodiam*.

Preliminarmente, a prisão *carcer ad poenam*, (ou prisão-pena ou ainda prisão penal), consiste na prisão imposta em virtude de sentença transitada em julgado, tratando-se da privação da liberdade do indivíduo com o escopo de executar a decisão judicial. Noutro norte, a prisão *ad custodiam*, ou prisão sem pena, é a prisão de cunho processual, imposta com a finalidade cautelar, destinada a garantir o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou até mesmo a impedir que, solto, o indivíduo continue praticando delitos.

### 2.3. Da Prisão Preventiva:

Empós as noções preliminares em breves trechos, passemos então a analisar com mais propriedade a prisão preventiva.

Nas palavras de (LIMA R. B., 2017, p. 956):

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Assim, com base no conceito acima transcrito, para que o magistrado possa decretar a prisão preventiva, é mister que preencha certos pressupostos, a citar: a) prova da existência do crime (prova da materialidade delitiva) e, b) indícios suficientes de autoria.

Em relação aos pressupostos, (CAPEZ, 2017, p. 339) esclarece que “trata-se da conhecida expressão *fumus boni iuris*, sendo imprescindível a demonstração da viabilidade da acusação”.

No entanto, não se admite a prisão preventiva quando improvável à luz do princípio *in dubio pro societate*, a verificação da justa causa.

Frise-se ainda que, não se exige provas plenas, bastando a existência de meros indícios.

Nesse sentido, não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória

Transpondo as colocações ao nosso tema central, não basta, para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria, pois, além da justa causa, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida, uma vez que, a fundamentação de tal decisão dará as razões para a deflagração da constrição à liberdade.

#### 2.4. Cabimento da Prisão Preventiva:

Em tempos passados, prisão preventiva era cabível, em regra, contra os autores de crimes dolosos punidos com reclusão. Como exceção, permitia-se a cautela extrema em crimes punidos com detenção se o autor dos fatos fosse vadio ou houvesse alguma dúvida em relação à sua identidade civil, se fosse reincidente em crime doloso, ou ainda, se o crime fosse cometido em âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, como garantia da execução das medidas protetivas de urgência.

Atualmente, com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, (BRASIL, PLANALTO, 2019) a prisão preventiva, embora ainda esteja regulada no art. 313, conta com diversa redação, *in verbis*:

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

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

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

III- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV- (revogado);

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

Contudo, do artigo supracitado, percebe-se que o legislador se preocupou em manter um equilíbrio principiológico. Isso porque, ao delimitar ainda mais o cabimento da prisão preventiva resguardou o direito à liberdade, porém, sem ferir o direito à segurança.

Conforme anotações articuladas até esta passagem, nota-se que a prisão preventiva não pode ser decretada sem antes verificar se a medida cautelar extrema é cabível no caso concreto.

Da mesma sorte, em sintonia com o princípio da jurisdicionalidade, a prisão preventiva deve estar devidamente fundamentada, isto é, os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal devem estar explícitos na decisão no momento de sua decretação.

No que tange aos requisitos, o primeiro elencado no art. 312 é a conveniência da instrução criminal, que visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, neste requisito, o *periculum in libertatis*, estaria configurado quando a coleta da prova ou normal desenvolvimento do feito estiverem em risco, em virtude de ameaças ou constrangimentos às testemunhas, vítimas e peritos, bem como em caso de destruição ou alteração do local do crime (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 121).

Por seu turno, o requisito da garantia da aplicação da lei penal consiste em casos de iminente fuga do agente do distrito da culpa, o que inviabilizará o futuro cumprimento da pena. Em outras palavras, viabiliza assegurar a eficácia e possíveis consequências de uma sentença penal condenatória, tutelando o processo em si.

Ainda, a prisão preventiva poderá ser decretada por descumprimento de uma medida cautelar imposta, tratando-se, portanto, de uma prisão preventiva subsidiária, pois somente será decretada quando não houver cabimento de uma substituição da medida cautelar descumprida por outra menos gravosa, é o que ocorre comumente nos caso de descumprimento de medidas protetivas de urgência nos crimes de violência doméstica.

De mais a mais, importante falar também da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem econômica, que para (PRADO, 2013, p. 40): “Esse conceito de ordem econômica acaba por agasalhar as ordens tributária, financeira, monetária e a relação de consumo, entre outros setores, e constitui um bem jurídico-penal supraindividual, genericamente considerado (bem jurídico categorial), o que por si só, não exclui a proteção dos interesses individuais”.

Por fim, a prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, que conforme veremos, se trata de um conceito jurídico indeterminado, mas que, basicamente, tem sido conceituado como indícios de que o acusado voltará a delinquir se permanecer em liberdade bem como com o intuito de preservar a paz e a tranquilidade no meio social. Desse modo, o acusado que inveterado na vida do crime, supostamente acabaria abalando a paz social, o que justificaria a restrição da sua liberdade de maneira cautelar.

Ocorre que, como se sabe, diante do princípio da não-culpabilidade, a condenação de uma pessoa depende de sentença penal condenatória proferida ao final da instrução processual, caso em que é há um juízo de culpabilidade em relação ao fato praticado pelo acusado, observando as regras do devido processo legal.

2.5. A Garantia da Ordem Pública: uma análise crítica dos decretos de prisão preventiva no contexto atual e as eventuais fundamentações genéricas que permeiam o judiciário:

De início, deve-se ressaltar que, o cerne da questão está no conceito de ordem pública, vez que, sempre houve uma vagueza e equivocidade em sua definição.

Por essa razão, dentre as doutrinas majoritárias há diversos embates, nos quais se discutem a possibilidade de invocar a garantia da ordem pública como motivo para a decretação da preventiva.

Ocorre que, certamente tal fundamento é o mais invocado pelos juízes brasileiros, e o fazem para afirmar a existência do “*periculum libertatis*”, porém no momento de demonstrar o real motivo da adoção da medida, há certa vagueza no que diz respeito ao real conceito do que seria ordem pública, a confundindo com clamor público, perigo de reiteração e assim por diante.



Contudo, para (MIRABETE, 2004, p. 148), a garantia da ordem pública pode ser usada como fundamento para a decretação da medida cautelar, reverberando julgados do STF (RHC 65.043-RS, Rel. Min. Carlos Madeira, DJU, 22/05/1987, p. 9756), onde, se decidiu que “o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão”.

Por sua vez, (RAMOS, 1998, p. 143), entende que:

“A prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública não é cautelar nem antecipatória, mas medida judiciária de polícia, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A magistratura, formada, por agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante na defesa social que a legitima politicamente para decretar a medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal condenatório.”

Tal posicionamento difere-se de (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 115), o qual menciona que por ausência de cautelaridade, a inconstitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, trata-se “de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-se indevidamente como medidas de segurança pública. A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.”

Ainda, (BECHARA, 2005, p. 156) leciona que:

“A ordem pública aqui é concebida como sinônimo de harmonia e pacificação, ou ainda, instrumento de defesa social, ou mesmo núcleo essencial do direito social à segurança. Isso implica reconhecer no processo penal, como já visto, ao lado do escopo jurídico, traduzido na aplicação do direito penal, verifica-se o escopo social, desde que se identifique como instrumento de pacificação social e reestabelecimento da ordem, ou seja, os fins do processo penal, embora convergentes, manifestem-se a partir de pontos de vista distintos. Na realidade democrática e atual, consoante objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não é possível dissociar da persecução criminal e, conseqüentemente, do processo penal objetivo social almejado”.

Contudo, ao notar os diferentes posicionamentos em relação à possibilidade de se utilizar da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, (MORAES, 2010, p. 397) acertou em dizer que a expressão 'ordem pública' necessita de legalidade estrita, dizendo que "falta-lhes legalidade 'estrita' porquanto são conceitos abertos e não estão acompanhados de qualquer referência limitadora em sua extensão, ou que possa servir de parâmetro para o juiz extraí-los a partir do caso concreto. E, ainda, não há limite, por exemplo, para inferências subjetivas e advindas de razões midiáticas, pseudo-eficientistas ou, ainda, de escolhas íntimas do julgador."

Em síntese, convém notar que, de fato, a expressão 'garantia da ordem pública' vem sendo utilizada costumeiramente por juízes e tribunais, muitas vezes em casos em que não há fundamentação precisa para a decretação da medida, usando-se dessa expressão por ter seu "caráter genérico" ante a ausência e ao mesmo tempo diversidade de seu conceito na seara doutrinária e jurisprudencial.

Em casos tais, com a motivação da prisão preventiva baseado nesse fundamento genérico, surge o argumento de que a medida extrema é de rigor a fim de preservar a credibilidade da justiça.

Ora, tendo em vista pertencermos a um país democrático, com diversas conquistas, não é aceitável que a crença nas instituições dependa da prisão de pessoas.

No dizer sempre expressivo de (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 121), "quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um também grave retrocesso para o estado policalesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado".

Neste passo, (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 121) nos remete a uma crítica ainda mais profunda em dizer que:

“A prisão para a garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um Direito Penal do futuro, que nos projeta do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o Direito Penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de existir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório. Pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível quanto a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam foros brasileiros com bola de cristal.” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 121).

Dessa forma, deve-se atribuir à garantia da ordem pública, um conceito realmente concreto, completamente distante das presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal.

Outrossim, não pode a prisão preventiva ser decretada amparada na garantia da ordem pública, se tal garantia vier fundamentada com base em previsões sem a análise concreta da periculosidade do agente bem como se sua liberdade, de fato, acarretará prejuízo.

Ainda, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de clamor público, de crime que venha a gerar um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua tranquilidade.

Contudo, é necessário que haja consciência de que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não se confunde com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

Neste passo, o artigo 312 do Código de Processo Penal contém uma “anemia semântica”, conforme define (ROSA, 2006, p. 26), pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja falsificação é inverificável.

Contudo, o problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos falsificados pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis.

Deste modo, se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece.

Da mesma forma, ainda conforme (ROSA, 2006, p. 16) o clamor público, acaba sendo confundida com opinião pública, ou melhor, opinião “publicada”. Há que se atentar à manobra feita rotineiramente: explora-se midiaticamente um determinado fato, muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão.

Portanto, quando um determinado assunto é constantemente explorado pela mídia, o pedido de decretação da prisão preventiva consequentemente surgirá sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, devido ao clamor social existente diante dos fatos. Ou seja, na mídia um pressuposto da posterior prisão cautelar, quando, na realidade, a situação fática apontada nunca existiu.

## 2.6. As consequências trazidas pela ausência do conceito de ordem pública na decretação da prisão preventiva frente ao sistema carcerário brasileiro:

Durante o julgamento da medida cautelar requerida no bojo da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, debateu a questão do Estado de Coisas Inconstitucional e a interferência, excepcional, do STF na criação e implementação de políticas públicas, com o escopo de afastar a massiva violação dos direitos fundamentais das pessoas que se encontram nos sistema carcerário de todo o país.

A atual situação na qual inúmeras pessoas que fazem parte do sistema carcerário são submetidas, tem revelado um quadro de violação generalizada de direitos fundamentais, causados pela inércia reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Recentemente, uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, (CNJ C. N., 2018), constatou que em números absolutos, considerando uma série entre os anos de 1990 a 2014, a população carcerária girava em torno de 230 mil

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mc Adpf 347*. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 29 ago. 2017.

presos, um crescimento significativo e constante de aproximadamente 8% ao ano, alcançando um total de 607 mil presos em junho de 2014.

Entretanto, em junho de 2014, 61,2% do total dos presos no Brasil eram condenados. Noutro norte, os presos em situação provisória, ainda sem qualquer condenação criminal, representavam cerca de 38,3% desse total, valor este que se manteve constante na última década, inclusive após a entrada em vigor da Lei 12.406/2011, a qual, conforme vimos, deu ao judiciário novas possibilidades para garantir o andamento do processo sem segregar a liberdade do acusado.

Ainda, conforme a referida pesquisa, após uma análise de acórdãos em relação a aplicação de medidas cautelares entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2016, chegou-se a conclusão de que na ampla maioria das vezes em que a ordem foi denegada e a prisão preventiva foi mantida, a fundamentação trazia consigo a garantia da ordem pública, conforme se confere nos acórdãos abaixo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**. Paciente foi preso no dia 29/10/15, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Decisão fundamentada. Materialidade do delito e indícios suficientes de autoria. Requisitos do art. 312 do CPP. Paciente possui condenação, sem trânsito em julgado, pela prática do crime de roubo. Medidas cautelares diversas da prisão. Insuficientes e inadequadas para o caso. Posse de drogas para uso próprio, não é pos sível o exame de provas, de forma pormenorizada, na via estreita do Habeas Corpus. Predicados pessoais favoráveis, por si só, não justificam a liberdade. A projeção da pena ou do regime a ser fixado em caso de condenação também não justificam a concessão da liberdade provisória. Alegado excesso de prazo para a formação da culpa. A custódia do paciente é recente, inexistindo indícios de desídia da autoridade processante. A prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Art. 5º, LXI, da CF. Ordem denegada. (TJRS – 2ª Câmara Criminal - Habeas Corpus nº 70067742841 Relatora: Rosaura Marques Borba, Julgado em 10/03/2016). (Grifamos)

HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, C/C ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/06 E ART. 12 DA LEI N. 10.826/06. REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA PREENCHIDOS – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – **NECESSIDADE DE GARANTIR-**



**SE A ORDEM PÚBLICA** – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – AÇÃO PENAL EM CURSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. “O fato de o acusado possuir registros penais anteriores, inclusive pelos delitos de tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, demonstra o risco efetivo de reiteração, em caso de soltura, corroborando o periculum libertatis exigido para a preventiva” (STJ, Min. Jorge Mussi). **FIXAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP – INSUFICIÊNCIA, NO CASO.** “Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos” (STJ, Min. Jorge Mussi). Ordem conhecida e denegada. (TJSC – 2ª Câmara Criminal - Habeas Corpus Nº 4014694-04 - Relator: Getúlio Correa, Julgado em 29.11.2016). (Grifamos)

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Pleito objetivando a liberdade provisória. Paciente preso em flagrante com 15 blocos de maconha (16,6kg aproximadamente). **A quantidade de drogas apreendidas demonstra, ‘a priori’, a gravidade concreta da infração, restando pertinente a manutenção da custódia cautelar do paciente como garantia da ordem pública**, sendo inviável a substituição por outras medidas cautelares diversas da prisão. Presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Ordem denegada. (TJSP – 16ª Câmara de Direito Criminal - Habeas Corpus nº 2115817-25 – Relator: Guilherme de Souza Nucci, Julgado em 11.10.2016). (Grifamos).

As ementas colacionadas acima demonstram a existência de um padrão decisório que perpassa os diferentes tribunais de justiça das capitais pesquisadas. Para além da gravidade do delito, da consideração dos antecedentes criminais dos acusados, o argumento que desponta com maior frequência como balizador nas decretações das prisões provisórias é a garantia da ordem pública.

(ZACKSESKI & Gomes, 2016) no artigo “*O que é a ordem pública no Sistema de Justiça Brasileiro?*”, afirmam que a partir dos anos 1990 com o recrudescimento da legislação penal brasileira, a jurisprudência do STF passou a ser mais abundante no tema da ordem pública e prisão cautelar, o que de certa forma ocasionou um aumento considerável nas prisões cautelares e consequentemente no número de presos em um só estabelecimento prisional. Tal situação chegou à Corte Interamericana de Direito Humanos, e o Estado Brasileiro prestou explicações sobre as recorrentes violações de Direitos Fundamentos no sistema prisional brasileiro, ademais, a Corte algumas medidas a serem implementadas. Se debate muito sobre

os dados estatísticos do crescimento avassalador da população carcerária, a quantidade de mortes, exposição a doenças, dentre outras.

Conforme sucintamente exposto, os reflexos da falta de fundamentação idônea nos decretos de prisões preventivas, acabam por desaguar em uma desnecessária superlotação do sistema penitenciário, gerando um problema estrutural, imputado não apenas ao Judiciário, mas também ao Executivo e ao Legislativo.

Percebe-se, diante da utilização dos conceitos de garantia da ordem, um sistema de janelas abertas, em virtude da linguagem aplicada que propõe maior espaço interpretativo pelo destinatário da norma, isto, intencionalmente, permitindo surgir novos entendimentos, gerando, conseqüentemente, insegurança jurídica, já que não há padronização nos significados, deixando a cargo de cada intérprete individualmente conceder um conceito no caso concreto.

Outrossim, o conceito indeterminado e vago da garantia da ordem pública, escolhido pelo legislador dão ampla e discricionariedade aos aplicadores da lei que podem transmutar seus significados e alargar as hipóteses previstas como excepcionais, ensejando um leque de subjetivismo, impregnado com a percepção do julgador.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Embora a Constituição Federal preveja que a prisão preventiva é uma medida excepcional a fim de resguardar o direito à liberdade, temos como exceção o poder do Estado em decretar tal medida com o escopo de garantir a segurança pública.

Entretanto, para que se seja decretada a prisão preventiva, a autoridade competente jamais poderá se valer de sua arbitrariedade. Isso porque, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal preveem que para isso, a decisão deverá ser devidamente fundamentada, com fulcro nos requisitos, pressupostos e fundamentos previstos em lei.

Não obstante, fundamentar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, tem gerado grande problematização e polêmica na seara jurisdicional, uma vez que, sua vaga definição autoriza a utilização desse fundamento de forma genérica, permitindo qualquer juízo de valor.

Contudo, vem a ser uma afronta à Constituição, migrar de uma medida excepcional para uma medida usual necessária como resposta do Poder Judiciário para a criminalidade do País.

#### 4. REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme Souza. *Prisão e liberdade*. 4<sup>a</sup>. ed. rev. e. atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único/ Renato Brasileiro de Lima**. 5. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2v.5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 5<sup>a</sup>. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro** – Belo Horizonte: Del Rey, 1998.



TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Vade Mecum Compacto/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 17. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ZANOIDE DE MORAES. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZACKSESKI, Cristina M<sup>a</sup>; Gomes, Patrick Mariano. O que é a ordem pública no Sistema de Justiça Brasileiro?. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, SP v. 10, n. 1, 108-125, Fev/Mar 2016.