

**FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS  
UNIPAC DE UBERABA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ARTUR RODRIGUES**

**PRISÃO PREVENTIVA: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A  
(IN)CONSTITUCIONALIDADE INERENTE**

**UBERABA (MG)  
2018**

**ARTUR RODRIGUES**

**PRISÃO PREVENTIVA: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A  
(IN)CONSTITUCIONALIDADE INERENTE**

Projeto de Pesquisa apresentado à disciplina  
“Trabalho de Conclusão de Curso: Elaboração”  
do Curso de Graduação em Direito da  
Faculdade Presidente Antônio Carlos –  
UNIPAC de Uberaba, como requisito parcial  
para a obtenção do bacharelado em Direito.

Orientador: Esp. Luís Fernando Alves Silva

**UBERABA (MG)  
2018  
Artur Rodrigues**

**PRISÃO PREVENTIVA: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A  
(IN)CONSTITUCIONALIDADE INERENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 06/12/2018

**BANCA EXAMINADORA**

Esp. Luís Fernando Alves Silva  
Prof. orientador

Dr. Heleno Verechia

Dr. François Silva Ramos

## PRISÃO PREVENTIVA: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE INERENTE

Artur Rodrigues<sup>1</sup>  
Luís Fernando Alves Silva<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo concentrou-se em analisar o instituto da prisão preventiva no que se refere à sua decretação pelo fundamento da garantia da ordem pública buscando entender se há inconstitucionalidade em sua decretação partindo do problema, se a prisão preventiva decretada pela hipótese da garantia da ordem pública, considerando que ordem pública não tem um conceito exato de significado, fere o princípio constitucional da presunção de inocência? A pesquisa concentrou-se na premissa, qual a expressão ordem pública, por não ter uma definição concreta do que realmente quer dizer, ao decretar a prisão preventiva com base nessa hipótese desvia a intenção da medida cautelar e fere o princípio constitucional da presunção de inocência, ficando confirmado, durante o desenvolvimento deste artigo tal hipótese, ampliando-se, ainda, o entendimento de que o aprisionamento com a finalidade de garantir a ordem pública não constitui uma medida cautelar. O presente estudo em seu delineamento metodológico incluiu as pesquisas telematizada e bibliográfica. O objetivo geral era analisar a inconstitucionalidade da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Inconstitucionalidade

### 1. INTRODUÇÃO

O instituto da prisão preventiva é matéria ainda não pacífica no entendimento doutrinário sendo objeto de grande colisão na seara judicial. Discute-se os direitos constitucionais em detrimento com os direitos sociais do custodiado ante a exegese da lei em sua interpretação. O que para uns é a sensação de impunidade, outros dizem ter seus direitos mínimos violados. O ordenamento jurídico brasileiro autoriza a prisão, inda que não haja sentença condenatória, sequer em primeira instância, porém, tal medida, em nosso

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC de Uberaba. e-mail: [artur1620@hotmail.com](mailto:artur1620@hotmail.com)

<sup>2</sup> Pós Graduado (Especialista) em Direito Processual Democrático pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Professor no curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC/UBERABA). Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da UNIPAC. Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Enfermagem, Saúde Global, Direito e Desenvolvimento GEPESADES/USP. Atualmente é também Assessor Jurídico da Fundação Cultural de Uberaba. e-mail: [luis.alves.silva@hotmail.com](mailto:luis.alves.silva@hotmail.com)

entendimento, se faz necessária em situações específicas como exemplo para decretar uma medida cautelar. Apesar de ser extrema, a prisão cautelar é necessária para garantir o bom andamento do processo, há casos que, se não aprisionar o acusado de um delito, este poderá prejudicar o andamento do processo, seja destruindo provas, corrompendo testemunhas ou até fugindo do alcance da justiça, porém, há casos em que o encarceramento do acusado se dá por escusas da lei onde a finalidade da medida afasta o caráter cautelar e se assemelha à vingança, perseguição ou qualquer outro objetivo que não seja fazer justiça, para tal medida temos um número alarmante de prisões cautelares onde ultrapassa as prisões advindas de sentenças segundo dados do (INFOPEN, junho, 2016), onde existem 726.712 presos, ocupando “milagrosamente” as 369.049 vagas disponíveis, destes 292.331 são presos sem condenação, ou seja, presos cautelares. De ora em diante estudaremos o instituto da prisão preventiva tendo como requisito para sua decretação a garantia da ordem pública.

## **2. UMA REFLEXÃO ACERCA DO INTERESSE PÚBLICO E DA ORDEM PÚBLICA**

Interesse público é o interesse do Estado como servidor de terceiros, ou seja, são os interesses coletivos tutelados pelo Estado através da administração pública, nesse sentido, Mello (2016, p. 73) ensina que “as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos”.

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é matéria relevante no ramo do Direito Administrativo, como o próprio nome afirma, nos remete à ideia de superioridade/preferência do direito público ante ao privado, entretanto, para Oliveira (2017, p. 46) a doutrina vem relativizando essa supremacia e desconstruindo tal princípio.

[...] atualmente, no entanto, com a relativização da dicotomia público x privado, a democratização da defesa do interesse público e a complexidade (heterogeneidade) da sociedade atual, entre outros fatores, vem ganhando força a ideia de “desconstrução” do princípio do interesse público em abstrato.

O interesse público não se sobrepõe a interesse privado, ambos coexistem, pois, com a satisfação do interesse público, via de regra, satisfaz-se vários interesses privados, vejamos o que leciona Oliveira (2017, p. 47).

[...] o conceito de interesse público não necessariamente se opõe ao de interesse privado. A aproximação entre Estado e sociedade demonstra bem isso, notadamente quando se verifica que a atuação do Poder Público deve pautar-se pela defesa e promoção dos direitos fundamentais e, obviamente, pelo respeito à dignidade humana. A promoção estatal dos direitos fundamentais representa a satisfação das finalidades públicas estabelecidas pela própria Constituição. Isso se dá porque, em verdade, nunca existiram um único “interesse público” tampouco um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex.: a criação de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento de área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex.: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex.: a servidão administrativa de passagem estabelecida em imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público).

Com efeito, entende-se que o interesse público não é soberano, estando ele vinculado à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Entende-se, mesmo que seja público qualquer interesse, porém escassear o interesse particular em seu direito fundamental garantido pela Carta Máxima ou afrontar a dignidade humana, não deverá prevalecer sobre o interesse particular.

Com interpretação diversa de interesse público, tema controvertido é a definição de ordem pública, a lei não o define, a jurisprudência olvida a elucidação concreta, restando-nos aos profusos entendimentos da doutrina. Silva (2006, p.988) traduz ordem pública como:

Entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.

Apesar de parecer uma utopia, Silva (2006) entende que a ordem pública é o estado de legalidade normal, sendo que, para ele, o estado de legalidade normal é onde as autoridades exercem suas atribuições e os cidadãos acatam.

Para os doutrinadores que abordam o tema “garantia da ordem pública” com mais profundidade, não há definição concreta do seu significado, restando-nos aos significados genéricos. Lopes Junior (2017, p.635) ao se referir à ordem pública diz:

[...] por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante... Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe a certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”.

Observa-se que o ilustre autor Lopes Junior (2017) considera ordem pública como sendo um conceito vago apavorante e, diante dessa flexibilização conceitual tem-se definido, equivocadamente, como clamor público.

Trazendo ainda mais incertezas conceituais, ao aludir ordem pública, Tourinho Filho (2009, p. 640) traz uma gama de possíveis significados.

[...] “comoção social”, “perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, “credibilidade da justiça”, “idiossincrasia do juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente tudo, se ajusta aquela expressão genérica “ordem pública”.

Destaca-se que o renomado autor interpreta ordem pública de maneira que seria impossível chegar num consenso, devido sua infundável significação. Na mesma linha, destacamos que a acepção de ordem pública nos tribunais, tem sido matéria geradora de diferentes entendimentos tais quais segundo Nucci (2017, p.796) o TJ-MG no Habeas Corpus HC 1.0000.05.417037-8/000, a ordem pública, dentre outras, recebeu a interpretação de repercussão social, o (STF, 1979, on-line) RHC 56946 entendeu por ordem pública, nesse recurso, a periculosidade do agente, o (STJ, 2018, on-line) se posicionou acerca da ordem pública no HC 429690 SP 2017/0327881-5 como risco de reiteração delitiva, para o (TJ-TO, 2013, on-line) o recurso HC 50065261720138270000 denegou o pedido, dando interpretação à medida cautelar fundada na garantia da ordem pública como intranquilidade social e gravidade do crime, o (TJ-AL, 2013, on-line) manteve a segregação cautelar embasada na garantia da ordem pública denegando o Habeas Corpus HC 08006236520138020900 AL 0800623-65.2013.8.02.0900, alegando que os atos praticados pelo acusado causa repudia e indignação perante a sociedade, o (TJ-RS, 2014, on-line) não concedeu a liberdade pleiteada pelo HC 70058045204 entendendo haver necessidade da manter a prisão como garantia da ordem pública por o agente ser reincidente, enfim, há uma enxurrada de verbos definidores da expressão ordem pública quais não se assemelham uns aos outros.

### **3. DA PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA**

A prisão preventiva é a medida cautelar, aplicada durante o inquérito policial ou fase processual penal visando garantir a persecução penal eficiente, para isso segrega o acusado do

convívio social, desde que observados alguns requisitos para a aplicação de tal medida. A previsão legal da prisão preventiva está disposto no título IX , capítulo III do Código de Processo Penal definindo por quem pode ser decretada, quais são os requisitos para a decretação, em quais circunstâncias será decretada e outras características quais traremos a seguir à luz da doutrina.

Sabendo que a prisão preventiva é uma medida cautelar processual, devemo-nos explicar qual é a finalidade da medida cautelar. A medida cautelar tem a finalidade de garantir o bom andamento do processo penal, ou inquérito policial, para que não haja qualquer interferência na busca pela elucidação dos fatos, no levantamento de provas e ao final garantir a efetiva aplicação da lei para absolver ou punir o acusado, caso venha ser condenado. Lopes Junior (2017, p. 24) ensina que “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência a eficaz aplicação do poder de punir. São medidas destinadas à tutela do processo”. Entende-se então, que a principal finalidade das medidas cautelares não é proteger, no primeiro momento, a sociedade ou o acusado, mas, garantir o andamento do processo. Na mesma linha leciona Capez (2017, p. 353) ao ensinar acerca da necessidade das medidas cautelares que “sem a demonstração de sua necessidade para garantia do processo, a prisão será ilegal”, as palavras do ilustre autor confirmam o entendimento acerca das medidas cautelares no sentido de que são elas as garantidoras do processo penal e qualquer outra finalidade seria ilegal.

A medida cautelar é um gênero qual comporta algumas espécies, a espécie de medida cautelar qual trataremos é a prisão preventiva. Conceituando a prisão preventiva destaca-se a precisa interpretação de Capez (2017, p. 337) que ensina:

[...] prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e o correrem os motivos autorizadores.

Vejamos que, embora Capez leciona que a competência para a decretação seja do juiz, Lopes Junior entende que além do juiz o tribunal também pode decretar a medida cautelar.

Para Lopes Junior (2017, p.91) a legitimidade para a decretação da prisão preventiva é do juiz ou tribunal competente desde que seja fundamentada a necessidade de sua aplicação, vejamos.

A prisão preventiva somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de prévio pedido expresso (requerimento) do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Estabelece ainda



o art. 311 que caberá a prisão preventiva a partir de requerimento do querelante, logo, no curso de ação penal de iniciativa privada.

Para o aludido autor, a prisão preventiva, ao ser decretada deverá o Ministério Público ter requerido sua decretação ou mediante representação da autoridade policial, podendo também ser requerida pelo querelante no curso da ação penal privada

Pode-se ainda, a prisão preventiva ser decretada de ofício pelo juiz, no curso da ação penal, o que gera o descontentamento por parte da doutrina, pois, o nosso sistema Processual Penal é acusatório na fase processual devendo o juiz se abster da parcialidade. Para melhor entendimento citaremos as sábias palavras de Lopes Junior (2017, p. 92) que posicionando contra a medida diz: “Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e da própria garantia da imparcialidade do julgador”.

Entende nessa mesma linha de raciocínio, Nucci (2017, p. 794) que explica:

[...] é mais uma amostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes envolvidas no processo, tenha solicitado. Insistimos, pois, ser o nosso sistema de processo misto, ou, como bem definiu Tornaghi, inquisitivo garantista.

Compreendemos ser razoável os entendimentos acima citados ,pois, o juiz não é parte interessada no processo penal, ao vê-lo decretando a medida cautelar de ofício, imagina-se que ainda na fase processual já se tem a convicção formada em relação a sentença, o que seria uma contaminação da convicção do julgador quando for decidir pela condenação ou absolvição, ao ver o magistrado decretar uma prisão preventiva contra o acusado, tem-se em mente que naquele momento processual está ele convicto da condenação, logo, ao decretar a prisão o juiz deverá fundamentá-la , é o que ensina Pacelli (2017, p. 562):

Em razão de sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme se observa com todas as letras no art. 5º, LXI, da Carta de 1988.

Asseverando as palavras de Pacelli, a própria Constituição Federal garante, ao decretar a prisão, seja ela qual natureza for, obrigar-se á ser decretada por autoridade competente, por escrito e fundamentado.

Quanto aos pressupostos da decretação da prisão preventiva, deve-se observar a parte final do art. 312 do CPP que trás como condições indispensáveis a prova da existência do crime

e indícios suficientes da autoria, que podemos chamar de “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” ou para alguns doutrinadores “*fumus commissi delicti*” e “*periculum libertatis*”.

Com efeito, Capez (2017, p. 339) trás , acerca dos indícios suficientes de autoria que não há a necessidade de haver certeza da autoria, mas apenas indícios, analisemos.

Note-se que, nessa fase, não se exige prova plena, sendo suficiente a existência de meros indícios. Basta a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. 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” (RT, 554/386)

Verifica-se que ao decretar a medida cautelar o juiz se aterá à meros indícios, fará juízo de probabilidade de que aquele indiciado provavelmente é o autor do crime que lhe foi imputado pelo Ministério Público, a autoridade policial ou, nas ações de iniciativa privada, pelo querelante. Nesse momento não será aplicado o princípio da não culpabilidade, pois, tal princípio é aplicado quando o magistrado for julgar se absolve ou condena o réu no fim do processo e, de acordo com a Súmula 9 do STJ a prisão provisória não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Diferentemente dos indícios de autoria, o outro pressuposto coexistente deste é a prova da existência do crime, este obriga o magistrado a verificar se a materialidade do crime está devidamente comprovada não podendo ser decretada a prisão cautelar se houver dúvidas quanto a esta hipótese. Para maiores esclarecimentos tomemos as sabias palavras de Távora; Alencar (2011, p. 543):

[...] temos a necessidade de comprovação incontestada da ocorrência do delito, seja por exame pericial, testemunhas, documentos, interceptação telefônica autorizada judicialmente ou quaisquer elementos idôneos, impedindo-se a segregação cautelar quando houver dúvida quanto à existência do crime.

Interpreta-se que não deve haver dúvidas quanto à ocorrência do crime, para isto, poder-se-á recorrer à todos os meios de provas admitidos em direito.

Uma vez cumprido os pressupostos, deve-se observar os requisitos, são eles as situações de fato que darão ensejo à decretação da prisão. O art. 312,caput, do CPP é taxativo ao descrever:

Art.312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (art. 312, CPP)

O artigo 312, caput, do CPP, trás quatro possibilidades para se decretar a prisão preventiva, quais são: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei. Estes requisitos, podem ser aplicados solitários ou conjuntamente desde que incidam, perante ao caso concreto, nas hipóteses que cada um representa quando houver prova da existência do crime, indício de autoria e a sua aplicação for fundamentada.

O tema central deste trabalho, por ponderar acerca da garantia da ordem pública, não abordará os outros requisitos, pois, tomaria um grande espaço cujo este artigo não comporta, devendo-nos ater à explanação do requisito autorizador da prisão preventiva que mais se diverge na doutrina, no judiciário e pelos juristas que atuam na seara criminal. Tal divergência se dá pela vasta prolixidade no entendimento do significado do verbo jurídico “ordem pública”.

Acerca da garantia da ordem pública Távora; Alencar (2011, p. 544, 545) pondera que a ordem pública significa a paz e tranquilidade no seio social, e para a continuidade dessa paz deve-se decretar a custódia cautelar.

Não se tem um conceito exato do significado da expressão ordem pública, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado. Em nosso entendimento, a decretação da prisão preventiva com base nesse fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória, é necessária que se comprove este risco.

Para os aludidos autores, deve ser aplicada a segregação cautelar impedindo que o acusado continue cometendo delitos durante a persecução criminal, não cabendo outra justificativa para aplicação da medida. Na mesma linha, entende Capez (2017, p. 339) defendendo a garantia da ordem pública como requisito da prisão preventiva para impedir que o acusado continue praticando crime.

[...] a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então retirá-lo do convívio social. Nesse caso, a natural demora da persecução penal põe em risco a sociedade. É o caso típico de *periculum in mora*.

Observa-se que Capez defende a custódia cautelar, alegando a natural demora da persecução penal, com o intuito de impedir novas práticas de crimes cometidos pelo acusado, para o renomado autor, não se pode esperar o término do processo para, caso seja condenado, o acusado seja retirado do convívio social.

Ao lecionar sobre a prisão para garantir a ordem pública Nucci (2017, p. 795 assevera.

[...] trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento de sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente. Um furto simples não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute, negativamente, no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, gerando, em muitos casos, intranquilidade. Uma das causas de afetação da ordem pública é a própria credibilidade do judiciário, como vem decidindo os tribunais.

Extraí-se das palavras de Nucci (2017) que há uma gama de interpretações para ordem pública, para o aludido autor a finalidade de segregar o acusado é para se manter a ordem no sociedade, para que a sociedade não tenha o sentimento de insegurança e impunidade, que as pessoas honestas não venham ser atingidas por um agente interessado em seu patrimônio, para que não gere intranquilidade na sociedade e não abale a própria credibilidade do judiciário.

Com entendimento adverso, Lopes Junior (2017, p. 99) faz crítica reprovando as interpretações postas aos numerosos sinônimos de ordem pública como requisito da preventiva, senão vejamos:

[...] é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns , fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal opressor.

Com efeito, Lopes Junior (2017) assumindo posicionamento contrário à prisão preventiva para garantia da ordem pública, corrobora que é costumaz a definição de ordem pública como pretexto para decretar a custódia cautelar como forma de trazer tranquilidade à sociedade, ou até mesmo, para atender ao clamor público pelo abalo gerado na sociedade em razão do crime praticado. Para o aludido autor, a liberdade do acusado também é cerceada pra não desprestigiar a credibilidade das instituições, pois, nesse caso, se a prisão não for decretada as instituições de segurança e justiça do Estado ficariam desacreditadas, o que para o ilustre autor tal interpretação é uma “maleabilidade conceitual apavorante”.

Mesmo que seja atendido os pressupostos e requisitos já expostos, deve-se verificar quais são as infrações que comportam a medida preventiva. O art. 313 do CPP trás quais são as situações que comportam a decretação da custódia.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I- nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II- se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do decreto lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal; III- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; 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. (CPP. Art. 313)

Extrai-se do art. 313 que só é cabível a prisão preventiva quando a investigação criminal ou o processo penal versar sobre crime doloso que prevê a pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, ficando fora então crimes como o furto na forma simples (CP, art. 155, caput), receptação na forma simples (CP, art.180, caput) dentre outros que sua pena máxima é de 4 (quatro) anos. Ainda caberá a preventiva contra quem já tenha praticado outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, independente da regra do inciso I (pena máxima superior a 4 anos) se ainda não tiver transcorrido o tempo de 5 anos do cumprimento ou extinção da pena aplicada ao primeiro delito. O inciso III trás a admissão para decretar a medida cautelar quando o crime envolver violência doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência física, com o objetivo de dar efetividade as medidas protetivas de urgência. Por último, o parágrafo único possibilita a preventiva quando existe a ausência da identificação civil do acusado, ou o acusado não colabora com meios para identifica-lo, porém, quando identificado, a prisão deverá ser revogada imediatamente.

#### **4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

A Constituição Federal tem em seu texto normativo o princípio, segundo Lopes Junior (2017, p. 19) “o princípio reitor do processo Penal”. Tal princípio denominado de princípio da

presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade, está previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal, qual transcrevo, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”(art.5º, LVII, CF) e no art. 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica trazendo, em sua primeira parte, a seguinte redação: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”(art. 8.2, CADH). Trazendo este princípio para a seara das medidas cautelares a jurisprudência admite a segregação preventiva antes do trânsito em julgado entendendo que a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (Súmula 9, STJ). Nessa acepção, Capez (2017, p. 338) admite que a prisão preventiva não fere o princípio da presunção de inocência.

Consoante a Súmula 9 do STJ, a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII), mesmo porque a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art. LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII). Pode, assim, ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem ofensa à presunção de inocência.

Nota-se que Capez coaduna com a medida, pois, segundo ele, além da Súmula 9 do STJ, há na própria Constituição situações autorizadoras no que diz respeito aos crimes inafiançáveis e nos casos de flagrante delito. Na falta de uma norma definidora mais clara, o judiciário se exime da aplicação da presunção de inocência embasando-se na Súmula 9 do STJ dizendo que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Para melhor elucidação vejamos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1) Não há ilegalidade no ato judicial suficientemente fundamentado, que nega o direito de recorrer em liberdade ao condenado estando assentado nas condições autorizadoras do artigo 312 do Código de Processo Penal, especialmente por ser o paciente reincidente, não havendo se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, conforme orientação sumular nº 9 do Superior Tribunal de Justiça. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

(TJ-GO - HABEAS-CORPUS: 232539820178090000, Relator: DES. NICOMEDES DOMINGOS BORGES, Data de Julgamento: 04/04/2017, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2257 de 28/04/2017)

O recurso acima trata-se de um Habeas Corpus visando a liberdade do acusado que teve a prisão preventiva decretada e deseja responder ao processo em liberdade, porém teve sua pretensão denegada pelo TJ-GO que manteve a custódia cautelar aduzindo as condições

autorizadoras do art. 312 do CPP e afastando a ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência com base na Súmula 9 do STJ

A problemática consiste, pois a súmula do STJ refere-se à prisão provisória e esta é uma medida cautelar, e como já foi demonstrado as medidas cautelares tem a finalidade proteger o processo, ou garantir o bom andamento do processo, o que no caso da decretação da cautelar tendo como “desculpa” a garantia da ordem pública não nos parece razoável considerá-la como uma medida cautelar, pois, como já demonstrado garantir a ordem pública, ou a tranquilidade e paz no convívio social, a credibilidade da justiça ou o clamor público nada tem haver com proteger o processo, nesse prisma pondera Pacelli (2017, p. 568).

[...] percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

Pacelli entende que o aprisionamento para garantir a ordem pública não tem a finalidade cautelar de proteger o processo e inconformado com a expressão ordem pública diz ainda que “porque razão a Lei nº 12.403/11, em pleno século XXI, resolveu insistir em manter a esdrúxula expressão?”. No mesmo sentido entende Lopes Junior (2017, p.115):

[...] nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública.

Com efeito, Lopes Junior corrobora no sentido de que a prisão pra garantir a ordem pública não é medida cautelar, portanto, é inconstitucional. Para o aludido autor, prender preventivamente para garantir a ordem pública é transformar a medida cautelar, que tem natureza processual, em atividade típica de polícia, que faz a segurança pública.

Defendendo ferir o princípio constitucional da Presunção de Inocência Tourinho Filho (2009, p. 644) assevera que:

[...] assim, no nosso entendimento, ordem pública, ordem econômica, magnitude da lesão são circunstâncias que estão a mais de cem léguas dos fins do processo, e, por isso mesmo, a prisão com fundamento numa dessas circunstâncias, sobre não ser medida cautelar, fere o princípio da inocência, que proíbe toda e qualquer antecipação da pena e, na hipótese, haveria tão somente, uma antecipação do castigo.

Nota-se, que o renomado autor pondera, no sentido de que a prisão preventiva decretada se valendo do requisito ordem pública é inconstitucional, pois, por não ser uma medida cautelar, que tem a finalidade de assegurar o deslinde do processo, fere o princípio constitucional da inocência.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime da prisão preventiva trás consigo uma grande reflexão em torno de um requisito para sua decretação, há posições das mais variadas acerca da garantia da ordem pública como fundamento para decretar a custódia cautelar em detrimento com o princípio Constitucional da presunção de inocência. É certo o entendimento que as medidas cautelares tem como objetivo proteger o andamento do processo penal ou do inquérito policial, porém, como o termo “garantia da ordem pública” é compreendido doutrinariamente e por julgados com profusas interpretações, tornou-se o conceito mais amplo do instituto sendo interpretado como: clamor público, impedir reiteração no crime, periculosidade do réu, gravidade do crime, abalo social, tranquilidade e paz no meio social, etc. Esta larga gama de significados não consegue amparar a real finalidade da medida, ou seja, a decretação da prisão preventiva tendo como fundamento a garantia da ordem pública visa proteger quem? Uma medida de natureza cautelar não deve ter a finalidade de proteger a sociedade, ou a tranquilidade no meio social. O único interessado na medida cautelar é o bom andamento do processo, para que este quando chegar ao fim tenha um resultado livre de contaminações, que, se não sanadas, poderão dar ensejo a injustiças. Por esta razão entendemos que aplicar uma medida cautelar de segregação com o intuito de restaurar a paz no seio social ou qualquer outra hipótese que não seja garantir o bom andamento do processo é sem dúvida uma afronta à liberdade do acusado, deixando de lado o princípio norteador do processo penal que é a presunção de inocência.

Embora entendermos que a prisão preventiva nos moldes citado seja inconstitucional, os tribunais tem aplicado reiteradamente, relativizando o princípio Constitucional da presunção de inocência, usando tal medida para cumprir papel diverso daquele para qual foi criado, corrompendo-a para promover segurança pública, não se importando que para isso está retirando do indivíduo, enquanto tiver vida, seu bem maior que é a liberdade onde, poder-se-ia, na maioria dos casos, aplicar uma medida menos gravosa, tal como uma restritiva de direito.



Não se pode falar em Estado Democrático de Direito onde a Constituição Federal é interpretada de modo diverso do seu próprio texto normativo, não se faz justiça cerceando a liberdade do indivíduo objetivando sanar o problema estrutural do judiciário que não consegue tramitar seus processos em tempo hábil. Com o intuito de lutar contra ilegalidade dessa natureza respondo com convicção o problema levantado, afirmando que a prisão preventiva decretada como fundamento a garantia da ordem pública fere o princípio da presunção de inocência, destarte, é substancialmente inconstitucional.

## **PREVENTIVE PRISON: GUARANTEE OF THE PUBLIC ORDER AND THE INERTIAL (IN)CONSTITUTIONALITY**

### **ABSTRACT**

The present article concentrated on analyzing the institute of preventive detention in relation to its decree by the foundation of the guarantee of public order seeking to understand if there is unconstitutionality in its decree starting from the problem, if the preventive detention ordered by the hypothesis of order guarantee public order, since public order does not have an exact concept of meaning, violates the constitutional principle of the presumption of innocence? The research focused on the premise, which is the term public order, because it does not have a concrete definition of what it really means, by enacting pre-trial detention based on this hypothesis, deviates the intent of the injunction and violates the constitutional principle of presumption of innocence, confirming during the development of this article such hypothesis, which in its methodological outline included the telematized and bibliographical research. The general objective was to analyze the unconstitutionality of preventive detention based on the guarantee of public order.

**Keywords:** Pretrial detention. Guarantee of public order. inconstitutionality

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 de out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. acesso em 10 de out. 2018.

CADH. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 10 de out. 2018.

INFOPEN. **Informações penitenciárias**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em 12 de nov. 2018

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

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUNIOR, Aury Lopes. **Prisões Cautelares**. 5 ed. ver; Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. ver. e atual. até a Emenda constitucional 92 de 12/07/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. rev; Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. ver; atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2016.

STF. RECURSO DE HABEAS CORPUS: RHC: 56946, Relator: Soares Munoz, Data de Julgamento: 27/03/1979. **JusBrasil**, 19-04-1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/700156/recurso-em-habeas-corpus-rhc-56946>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

STJ. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC: 429690 SP 2017/0327881-5, Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Data de Julgamento: 27/02/2018, T6 - sexta turma, Data de Publicação: 08/03/2018. **JusBrasil**, Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559900563/habeas-corpus-hc-429690-sp-2017-0327881-5/inteiro-teor-559900572?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 set. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5. Ed. ver; ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2011.

TJ-AL. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 08006236520138020900 AL 0800623-65.2013.8.02.0900, Relator: Des. Sebastião Costa Filho, Data de Julgamento: 07/08/2013, Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/08/2013 **JusBrasil**, 2013. Disponível em: <<https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125574186/habeas-corpus-hc-8006236520138020900-al-0800623-6520138020900?ref=serp>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

TJ-GO. HABEAS-CORPUS: 232539820178090000, Relator: Des. Nicomedes Domingos Borges, Data de Julgamento: 04/04/2017, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ 2257 de 28/04/2017 **JusBrasil**. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455796058/habeas-corpus-232539820178090000?ref=serp>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

TJ-RS. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 70058045204 RS, Relator: Francesco Conti, Data de Julgamento: 29/01/2014, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/02/2014 **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113589479/habeas-corpus-hc-70058045204-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10 jul. 2018.

TJ-TO. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC: 50065261720138270000, Relator: Celia Regina Regis, data do julgamento: 26/09/2013 **JusBrasil**, Disponível em: <<https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/370985116/habeas-corpus-hc-50065261720138270000/inteiro-teor-370985145?ref=juris-tabs>>. Acesso em 16 jun. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.