



FUNDAMENTAÇÃO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Daniel Pereira de Sousa¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o tema da fundamentação da prisão preventiva quando embasada na hipótese de garantia da ordem pública.

Tema de importante relevância em nosso direito, uma vez que tal instituto quando analisado com o princípio da presunção de inocência, expresso em nossa Constituição Federal, aparenta em uma primeira análise ser confrontante. Porém, em um estudo mais aprofundado nota-se que os dois institutos podem conviver em harmonia, desde que devidamente aplicado.

A discussão sobre prisões provisórias encontra relevância desde os primórdios da humanidade, onde o princípio da presunção de inocência era suprimido. Com o passar dos tempos e com a criação do Estado Democrático de Direito, o princípio da inocência foi ganhando espaço e força e passou hoje a ser um dos princípios basilares, protegendo o homem do poder tirânico do Estado.

O tema ganha importância ainda com o aumento da criminalidade na sociedade atual e com a preocupação em frear seus altos índices. Neste contexto, a prisão preventiva passa a ter papel de destaque, uma vez que possibilita a segregação antecipada do suspeito de um crime antes da decisão final de um processo condenatório, pois em diversas vezes se verifica que a morosidade do judiciário cria sentimentos de injustiça social.

¹ Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. E-mail: air_roni@hotmail.com



Não obstante, deve se ter muito cuidado na aplicação desse instituto, pois a busca por uma pretensa justiça não pode ensejar em uma verdadeira arma de antecipação de pena. Neste ponto, curial não olvidar a recente decisão do Supremo tribunal Federal acerca do início do cumprimento da pena definitiva, restando decidido que após a decisão de segunda instancia já é possível o início do cumprimento definitivo da pena, levando o réu condenado a prisão.

Neste mister, em um primeiro momento faremos uma abordagem sucinta do tema prisão de uma forma geral, explicitando as formas de prisão, classificando-as em prisão extra-penal, prisão penal e prisão cautelar (provisória ou processual).

Com o intuito de situar a matéria dentro do tema prisão, analisaremos sucintamente no terceiro capítulo as espécies de prisão cautelar, quais sejam, prisão em flagrante (há divergência acerca de sua natureza jurídica), prisão temporária e prisão preventiva.

Ainda nesse capítulo, passaremos a uma análise mais profunda sobre a prisão preventiva, abordado e explicando os pressupostos e fundamentos que autorizam a sua decretação.

Em seguida, passaremos para o estudo do tema proposto, qual seja, a prisão preventiva fundamentada na ordem pública, demonstrando seu conceito, correntes doutrinárias e, por fim, a jurisprudência dos Tribunais.

1. PRISÃO

Primeiramente, cumpre definir o conceito de prisão. Prisão nada mais é que a privação de liberdade de locomoção em virtude do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja por conta de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial, seja nos casos de transgressão militar.

Existem três espécies de prisões, quais sejam, a prisão extra-penal, prisão penal e prisão cautelar.

A prisão extra-penal abarca as hipóteses de prisão civil (permitida em nossa legislação pátria somente nos casos de inadimplemento injustificado da prestação



alimentícia), a prisão administrativa (há controvérsia sob sua existência no atual ordenamento) e a prisão disciplinar (sanção militar).

A prisão pena é a prisão tradicional do nosso ordenamento. Trata-se da prisão oriunda de condenação penal com trânsito em julgado.

E, por último, a prisão cautelar ou provisória, que abarca a prisão em flagrante (há divergência acerca de sua natureza jurídica), prisão preventiva e prisão temporária. Cumpre rememorar que a prisão decorrente da pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível foram extintas pelas Leis 11.689/08 e 11.719/08, não sendo mais consideradas espécies de prisão.

Importante destacar, ainda, a recente decisão do Supremo Tribunal de Federal no julgamento histórico do Habeas Corpus nº 126.292, na qual se admitiu a execução provisória da pena após a condenação pelo Tribunal de 2ª instância.

2. DA PRISÃO CAUTELAR EM ESPÉCIE

A prisão cautelar é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e tem como intuito, em síntese, assegurar a eficácia das investigações ou do processo penal.

Embasada pelo princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, a prisão preventiva trata-se de medida cautelar de natureza excepcional, de modo que não pode ser utilizada como antecipação de pena.

A prisão cautelar também chamada de prisão provisória ou processual tem como característica a instrumentalidade, ou seja, a prisão deve servir ao processo e não o contrário.

3.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante, prevista nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal, trata-se de uma prisão cautelar caracterizada pela privação da liberdade de

locomoção independentemente de prévia autorização judicial, sendo efetuada no momento do crime ou logo após o cometimento deste.

Esse tipo de prisão tem como intuito evitar a fuga do criminoso, auxiliar na colheita de elementos de informação, uma vez que o delito acabara de ocorrer, e evitar a consumação ou o exaurimento do delito.

Acerca da natureza jurídica, a doutrina divide-se basicamente em três correntes: medida cautelar, medida precautelada e medida administrativa.

A despeito da discussão doutrinária, comumente a prisão em flagrante no capítulo das prisões cautelares ou provisória para fins didáticos.

3.2 Prisão Temporária

A prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89, trata-se de espécie de prisão cautelar com prazo determinado, decretada pela autoridade judiciária no curso das investigações, quando a prisão for indispensável para colheita de elementos probatórios relativos às infrações previstas nas alíneas do inciso III do artigo 1º da Lei supracitada e aos crimes hediondos ou equiparados.

A prisão temporária, por expressa previsão legal, não poderá ser decretada de ofício e, ao revés da prisão preventiva, que por sua vez é cabível tanto na fase das investigações como na fase judicial, só poderá ser decretada na fase das investigações.

A Lei 7.960/89 expressa que o prazo da prisão preventiva é de cinco dias, podendo ser prorrogada por mais cinco. Para crimes hediondos ou equiparados o prazo é de trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período. Curial frisar que decorrido o prazo o preso deverá ser posto em liberdade, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva.

3.3 Prisão preventiva



A prisão preventiva trata-se de uma espécie de prisão cautelar de natureza processual. É medida restritiva da liberdade que possui reserva de jurisdição, ou seja, somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, podendo ocorrer em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal.

Esse tipo de prisão cautelar é uma das mais utilizadas dentre as disponíveis em nosso ordenamento jurídico.

Com base nos preceitos que estampam o nosso Estado Democrático de Direito, a regra em nosso ordenamento jurídico é a liberdade, devendo esta ser restringida apenas nos casos de “(...) flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente (...)”, conforme artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal.

Destarte, a segregação da liberdade do indivíduo por meio da decretação da prisão preventiva deve ser medida excepcional, observando-se o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, declarado na nossa Constituição, sendo incontestável a necessidade da sua fundamentação, conforme exigência do artigo 93, inciso IX, da nossa Carta Fundamental.

3.3.1 Pressupostos e fundamentos que autorizam a prisão preventiva

A prisão preventiva deve atentar para dois termos: o “*fumus commissi delicti*” (fumaça do cometimento do delito) e o “*periculum libertatis*” (perigo em liberdade). Segundo Mirabete, o primeiro diz respeito aos pressupostos para sua decretação e o segundo aos seus fundamentos.

Conforme estampa o artigo 312 do Código de Processo Penal, os pressupostos para decretação da prisão preventiva são a “prova da existência do crime” e “indícios suficientes da autoria”.

Além desses pressupostos, a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser fundamentada em uma das hipóteses do artigo supracitado, a saber:

- a) Garantia da ordem pública;
- b) Garantia da ordem econômica;
- c) Conveniência da instrução criminal;
- d) Assegurar a aplicação da lei penal.



Deste modo, tem-se por obrigatório para decretação da prisão preventiva o preenchimento de três requisitos, qual sejam, a prova da existência do crime, indícios de sua autoria e uma das hipóteses acima do artigo 312 da Lei adjetiva.

Além disso, após as alterações no Código de Processo Penal promovida pela chamada “Lei das Cautelares” (Lei nº 12.403/11), é necessário também não ser cabível qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, previstas no artigo 319 do mencionado *Codex*.

Agora, passemos a analisar os fundamentos que autorizam a prisão preventiva.

No tocante a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, trataremos em capítulo separado devido a sua importância e suas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

A garantia da ordem econômica praticamente perde sua função pois está abrangido pela garantia da ordem pública. Esse fundamento foi inserido pela Lei nº 8.884/94 e tem como utilidade a decretação da prisão preventiva nos crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária.

Já a garantia da aplicação penal trata-se de hipótese em que, o magistrado vislumbrando com dados concretos que o acusado pretende fugir, inviabilizando a futura execução da pena, decreta a prisão preventiva.

A prisão fundamentada na conveniência da instrução criminal visa impedir que o agente traga algum prejuízo à produção de provas. Exemplo disso, temos a ameaça de testemunhas do processo pelo acusado/investigado.

4. DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é uma das hipóteses mais utilizadas na prática forense e isso se dá, por grande razão, pela incerteza do seu conceito.



Ordem pública trata-se de um conceito aberto. Segundo Tourinho Filho a *ordem pública* consiste na paz e tranqüilidade no meio social.²

Fernando Capez afirma que a prisão cautelar fundamentada na *ordem pública* “é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantido a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular”.³

Por se tratar de um conceito aberto, a *ordem pública* sofre inúmeras críticas por parte da doutrina, que declara sua total inconstitucionalidade ou não receptividade pela CF/88. Isso se dá pelo fato de que o seu conceito aberto pode abranger diversas situações, servindo para fins escusos, e também que é hipótese que serve à segurança pública e não ao processo (instrumentalidade), característica esta última inerente às medidas cautelares.

Acerca desse entendimento, há interessante artigo científico de autoria de Renato Perrotta de Souza⁴ no qual defende a inconstitucionalidade do termo *ordem pública*, afirmando:

É com base nessas duas premissas que se questiona a constitucionalidade da aludida modalidade de medida cautelar pessoal, pois, ao contrário das demais espécies de prisão preventiva, que buscam resguardar a eficácia do processo penal, o bem tutelado pela prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública é, ao contrário, a segurança pública, o que pressupõe, inevitavelmente, um juízo antecipado de culpabilidade do réu, hipótese não contemplada pelo princípio constitucional da presunção de inocência/não-culpabilidade.

É dizer, segundo os doutrinadores que seguem essa corrente, entendendo a instrumentalidade da prisão preventiva como medida cautelar, a *ordem pública* contempla hipóteses que fogem a essa característica e tem caráter de prisão pena quando tem por objetivo a prevenção geral.

Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho⁵:

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 613.

³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 271.

⁴ SOUZA, Renato Perrotta. *A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/Renato PerrottaSouza.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/Renato%20PerrottaSouza.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2017.

⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.



À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório *que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas*, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em "exemplaridade", no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado.

Curial não olvidar que o Código de Processo Penal data do ano de 1944, sendo anterior a CF de 1988, época em que o sistema consagrado era o inquisitivo, de modo que a terminologia *ordem pública*, sem delimitações, nos dias de hoje, pode ensejar em agressão ao princípio da legalidade.

Sendo assim, o cerne central de crítica dessa corrente que propaga a inconstitucionalidade é a amplitude e indeterminismo da terminologia utilizada, podendo incorrer no cumprimento antecipado da pena, hipótese até então rechaçada em nosso sistema jurídico em razão do princípio da inocência. Isto porque, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292, é possível se afirmar que se admite o cumprimento antecipado da pena no ordenamento brasileiro.

Em que pese o embate doutrinário acerca do tema, esse hipótese de prisão preventiva continua a ser aplicada cotidianamente, cabendo a jurisprudência a difícil tarefa de delimitar a sua abrangência.

Como visto alhures, a terminologia *ordem pública* pode abranger inúmeros conceitos e hipóteses, dentre eles, os mais citados são clamor social, credibilidade das instituições, gravidade do delito, periculosidade do agente, reiteração da prática criminosa e repercussão social da conduta.

O professor Renato Brasileiro leciona, em apertada síntese, que existem basicamente três correntes que definem o conceito de ordem pública: uma corrente minoritária defende o acima exposto, considerando a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública inconstitucional; uma segunda corrente, majoritária, defende que ordem pública é o risco considerável de reiteração de práticas criminosas, fazendo um juízo de periculosidade do agente; e uma terceira corrente que entende que prisão preventiva com base na ordem pública tanto a finalidade de evitar que o agente volte a delinquir como também para acautelar o



meio social, garantindo a credibilidade da Justiça nos crimes que provoquem clamor público.⁶

Conforme a lição de autor acima descrito, bem como em pesquisas realizadas no site do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de fato, a corrente majoritária na jurisprudência sobre o conceito de *ordem pública* expressa que só é justificável a segregação cautelar por esse fundamento quando demonstrado o risco concreto de reiteração de prática delituosa.

Segunda essa corrente, a demonstração se dá analisando o caso concreto, devendo o juiz, ao fundamentar, demonstrar com dados objetivos, como por exemplo, com a folha de antecedentes ou o *modus operandi* com que praticado o crime, de que o indivíduo tem propensão a voltar a delinquir e que oferece risco a coletividade.⁷

No âmbito estadual, verifica-se que é idônea a fundamentação neste tipo de segregação quando o agente já possui condenação e responde a outros processos, conforme ementa abaixo:

Habeas corpus visando desconstituição da prisão preventiva. 1. Paciente a quem se imputa a prática de furto qualificado e que responde a processos, ostentando condenação por crime contra o patrimônio, num cenário a sinalizar uma personalidade voltada para o crime. Quadro a indicar que a medida mostra-se necessária para garantir a ordem pública. 2. Decisão judicial fundamentada. Ordem denegada. (Relator(a): Laerte Marrone; Comarca: Bastos; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 23/02/2017; Data de registro: 02/03/2017)

Curial não olvidar que é possível haver entendimento que, a partir do julgamento do RE 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, que permitiu a execução provisória após a condenação de Tribunal de 2º grau, prescinde o trânsito em julgado para justificar que o agente possui outras condenações, haja vista que, conforme fundamentação da decisão, as questões de fato já transitaram em julgado, não se discutindo mais se agente cometeu os fatos que lhe foram imputados. Com efeito, é

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 937.

⁷ Neste sentido: "há justa causa no decreto de **prisão preventiva** para garantia da **ordem pública**, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso, a não decretação da **prisão** pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário" (STF - HC 83.868/AM, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, DJe de 17/04/2009).



possível se justificar a possibilidade de reiteração de atos criminosos com base em condenação de 2º grau.

No que concernem às outras hipóteses, o Supremo firmou entendimento de que a gravidade do crime, por si só, não justifica a decretação da prisão cautelar.⁸

Além disso, a mera reprodução textual dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal para a fundamentação da prisão é inidônea. Neste sentido: HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006 e HC nº 88.448/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, por empate na votação, DJ 9.3.2007.

No tocante a decretação da prisão preventiva fundamentada apenas no clamor público ou na credibilidade das instituições, a jurisprudência majoritária é no sentido de sua inidoneidade, uma vez que a justiça não pode se pautar em pressões midiáticas ou mesmo no populismo penal para pautar suas decisões.^{9 10}

⁸ Neste sentido: Esta nossa Corte entende que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social (HC 101705, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-03 PP-00567)

⁹ Neste sentido: EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E BASEADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. PRECEDENTES. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE DO CRIME E NO CLAMOR PÚBLICO. INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE A JUSTIFIQUEM. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESSA PARTE, CONCEDIDA. I – (...) II - O decreto de prisão cautelar há que se fundar em fatos concretos. Precedentes. III - A mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social, de per se, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o acusado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal. IV - Habeas corpus parcialmente conhecido, e nessa parte, concedida a ordem. (HC 100012, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-06 PP-01362);

¹⁰ Neste sentido: 1. O clamor social e a credibilidade das instituições, por si só, não autorizam a conclusão de que a garantia da ordem pública está ameaçada, a ponto de legitimar a manutenção da prisão cautelar do paciente enquanto aguarda novo julgamento pelo Tribunal do Júri. 2. A prisão processual, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe inequívoca demonstração da base empírica que justifique a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do Código de Processo Penal. (HC 84662/BA, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 22-10-2004)



Discordando acerca desse entendimento, Noberto Avena¹¹ sustenta:

Data venia, discordamos em parte dessa posição, não para sustentar que possa o magistrado, simplesmente com base no anseio da população por Justiça ou a partir de notícias sensacionalistas incorporadas a jornais e revistas, determinar a custódia provisória do investigado, mas sim no sentido de que deve ser admitida a prisão preventiva em hipóteses de real e inequívoco abalo social provocado pela prática de crimes de extrema gravidade, visando-se, destarte, não apenas ao restabelecimento do sossego social, como também à própria credibilidade das instituições, sobretudo do Judiciário.

Corroborando com este entendimento, Guilherme de Souza Nucci¹² expõe:

entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social.

Destarte, conforme pode se aferir, a jurisprudência dominante dos tribunais caminha no sentido da excepcionalidade da prisão preventiva, devendo o Magistrado, o Promotor de Justiça ou o Delegado de Polícia, quando utilizar a hipótese da *ordem pública*, trazer elementos concretos de que o indivíduo solto poderá comprometer essa ordem.

Reforçando essa ideia, expressa o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo no HC nº 990.10.286094-9, da relatoria do desembargador Newton Neves:

Isso porque para a manutenção da prisão processual sob o fundamento de ser necessária à garantia da ordem pública, imprescindível a subsunção do caso concreto a tal requisito, com a adequação de fatos que representem real e potencial risco da liberdade do paciente à ordem pública, inadmitidas meras ilações ou simples repetição do texto legal pelo Julgador. E o fato de possuir o paciente antecedentes criminais, por si só, não pode representar sinalização objetiva de risco à ordem pública.

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal adota a corrente que considera ordem pública como a propensão, demonstrada com dados concretos,

¹¹ AVENA, Roberto. *Processo penal: esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 1106.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 4. ed., São Paulo: RT, 2003. p. 581.



da reiteração criminosa, afastando as prisões baseadas apenas no clamor social, gravidade em abstrato do crime ou na credibilidade das instituições.

É neste sentido as ementas abaixo:

O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu.” (HC 80719, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143)

Prisão preventiva: motivação inidônea. Ausente fundamento cautelar no decreto de prisão devem ser desprezadas, porque a ele aditado pelas sucessivas instâncias, a alegada situação peculiar do paciente - descrita posteriormente na denúncia - e, especialmente, as invocações relativas à gravidade do delito, ao clamor público e à garantia da credibilidade da Justiça que, de resto, têm sido repudiadas pela jurisprudência do STF como motivos idôneos da prisão preventiva.” (HC 83782/PI, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 25-02-2005)

Na mesma esteira corre o Superior Tribunal de Justiça:

O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente, bem como a credibilidade do Poder Judiciário e o clamor público e comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto. (STJ/DJU de 03/10/05, pág. 307)

Há constrangimento ilegal quando o decreto de prisão preventiva encontra-se fundado na pretensa fuga dos agentes do distrito da culpa, em meras conjecturas acerca das suas periculosidades, haja vista a gravidade dos delitos em tese cometidos, e ainda em suposto temor das testemunhas, dissociadas de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP. (STJ HC 156.253/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 09/08/2010)

Ante a todo o exposto, podemos notar que prisão preventiva fundamentada na *ordem pública* não possui na maioria das vezes a característica da cautelaridade propriamente dita, pois sua finalidade por muitas vezes é extraprocessual. No entanto, a jurisprudência majoritária tem dado contornos no sentido de sua admissão quando

fundamentada com elementos concretos da possibilidade de reiteração criminosa do agente, sendo considerada ilegal a decretação com base apenas no clamor social, na gravidade em abstrato do crime ou na credibilidade das instituições.

CONCLUSÃO

Como analisado, o tema prisão trata-se de tema de extrema importância, pois a prisão é instituto entranhado em nossa sociedade e de grande importância no campo da segurança pública. Sua importância ganha mais força com o aumento da criminalidade e a insegurança sentida por todas as pessoas.

A prisão preventiva trata-se de modalidade de prisão cautelar, que visa eficácia final da tutela jurisdicional, fazendo com que a decisão proferida tenha eficácia e produza seus resultados, protegendo o Estado e a sociedade contra a impunidade.

Por outro lado, a prisão preventiva, se mal utilizada, pode ocasionar em verdadeiro cumprimento antecipado da pena, hipótese rechaçada em nosso ordenamento jurídico, por se tratar de um Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus corolários o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, constante no art. 5º, LVII da Constituição Federal: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”. Entretanto, tal visão vem sendo relativizada pela jurisprudência, haja vista a recente decisão no RE 126.292 do Supremo Tribunal Federal, que permitiu a execução provisória da sentença após decisão por Tribunal de 2º grau.

Como visto, o tema prisão preventiva fundamentada na ordem pública encontra grande controvérsia na doutrina e jurisprudência por ser a sua terminologia dotada de indeterminismo.

Essa característica faz com que a prisão preventiva tenha seu conteúdo elástico, podendo se moldar a diversas situações a depender do caso concreto, o que, para alguns doutrinadores, afronta o princípio da legalidade, base do Estado de



Direito, fazendo nascer certa insegurança no tocante os casos em que cabe ou não a medida cautelar.

Ou seja, o magistrado, tendo em vista a elasticidade do termo *ordem pública*, poderá em determinado caso decretar a prisão preventiva e em caso semelhante não decretá-la, afrontando os princípios da isonomia e da presunção de inocência.

Sendo assim, cabe aos tribunais superiores darem contornos específicos ao termo *ordem pública*, evitando que possa ser usado nas mais diversas situações.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vem se aperfeiçoando com os passar dos anos, de modo que enxerga ser ilegal a prisão preventiva fundamentada na ordem pública quando traz argumentos de clamor social, gravidade em abstrato do crime ou credibilidade das instituições.

A jurisprudência majoritária caminha cada vez mais no sentido de que se deve utilizar como argumentos para preencher a ordem pública dados concretos sobre a possibilidade de reiteração criminosa do acusado.

Sendo assim, a jurisprudência busca dar contornos ao termo *ordem pública*, delimitando-o, deste modo minorando a insegurança jurídica e a agressão à legalidade, consubstanciando os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Roberto. *Processo penal: esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.



LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 4. ed., São Paulo: RT, 2003.

SOUZA, Renato Perrota. *A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/RenatoPerrotaSouza.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.