 

CARLA FERNANDA DE SOUZA

**ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

OURINHOS/SP

2015

**ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

REVIEW OF PREVENTIVE DETENTION TO GUARANTEE OF PUBLIC ORDER UNDER THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

Carla Fernanda de SOUZA[[1]](#footnote-1)

**RESUMO**

Trata-se de análise da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública e suas consequências frente ao princípio da presunção de inocência. Procura-se fazer um estudo do princípio insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal para, posteriormente, averiguar a abrangência do conceito ordem pública e se efetivamente há ou não colisão com a norma constitucional. Por fim, apresenta-se uma variedade de julgados e entendimentos doutrinários acerca do tema, ora defendendo a prisão em prol da segurança pública, ora afastando-a em observância ao direito individual e aponta-se o risco dessa carência de consenso em matéria que tange a liberdade humana.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Ordem pública. Princípios constitucionais. Presunção de inocência.

**ABSTRACT**

It is an analysis of preventive detention based on the guarantee of public order and its consequences opposite to the principle of presumption of innocence. It seeks to do a study of the principle laid down in Article 5, paragraph LVII of the Federal Constitution and after determine the extent of the concept public order to see if there is or not a collision with the constitutional norm. Finally, we present a variety of judged and doctrinal understandings on the subject, defending the prison in favor of the public safety or against it in compliance with the individual rights and points out the risk of this lack of consensus to the human freedom.

**Keywords:** Preventive detention. Public order. Constitutional principles. Presumption of innocence.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Princípio da Presunção de Inocência; 1.1 Conceito e previsão legal; 1.2 Interpretação; 1.3 Presunção de inocência *versus* presunção da não culpa; 2 Breve Análise da Prisão Preventiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 2.1 Prisão preventiva e direito fundamental à liberdade; 2.2 Requisitos e hipóteses de cabimento; 3 Prisão Preventiva Para Garantia da Ordem Pública; 3.1 Finalidade; 3.2 Conceito de ordem pública; 3.3 Prisão preventiva para garantir a ordem pública sob o espectro da presunção de inocência; Conclusão; Referências.

**INTRODUÇÃO**

Em uma sociedade complexa como a que se vive, alguns institutos se impõem no ordenamento jurídico como imprescindíveis para a vida harmônica dos seres. Nesta seara aparecem as prisões provisórias como instrumentos necessários para o êxito do processo penal.

A decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia ordem pública, diferentemente das demais modalidades, tem também por escopo a contenção criminosa, isto é, busca evitar a reiteração de atos prejudiciais a toda coletividade, concretizando o direito social à segurança pública.

Muito se discute sobre a constitucionalidade e o cabimento dessa espécie de prisão em um Estado Democrático que prega a presunção da não culpa do indivíduo que não tem contra ele sentença condenatória coberta pela definitividade, sendo diversos os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

Objetiva-se fazer um esboço acerca da expressão ordem pública à luz do princípio constitucional da presunção da inocência e analisar as vertentes doutrinárias que legitimam e repugnam a prisão preventiva fundamentada nesta hipótese de cabimento.

**1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

* 1. **Conceito e previsão legal**

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, traz no bojo de seu texto, seja explícita ou implicitamente, uma gama de princípios considerados fundamentais para a existência humana e exercício sadio de toda sua potencialidade, bem como para o harmônico convívio em sociedade.

Os princípios constitucionais, além de assegurarem a realização de direitos fundamentais, também limitam a atuação do Estado contra o indivíduo, impedindo que exceda suas funções e adote medidas violadoras dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ilustra Rogério Greco:

Em decorrência desse raciocínio, entendemos que os princípios, dado o seu caráter de norma superior às demais existentes no ordenamento jurídico, servem de garantia a todos os cidadãos, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, contra as tentativas do próprio Estado em se arvorar em “senhor onipotente”. Os princípios são, portanto, o escudo protetor de todo cidadão contra os ataques do Estado. Todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem declaradas inválidas. (2008, p. 560)

Mais que garantir direitos expressamente previstos, portanto, os princípios se apresentam como limitações ao poder estatal para preservar o cidadão de excessos e abusos, permitindo que o corpo social seja respaldado pela segurança jurídica.

É nessa senda que o princípio da presunção de inocência aparece no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 como uma garantia ao indivíduo, na medida em que faz pairar sobre este uma presunção de não culpabilidade, incumbindo ao Estado o dever de bem diligenciar para provar a culpa e obstando que ele se volte contra o indivíduo sem antes demonstrá-la.

Tamanha é sua importância que está previsto também em documentos internacionais, como por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Renato Brasileiro de Lima define o princípio em tela como o

direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (2011, p. 11)

A presunção de inocência consiste no estado inicial de inocência de que goza o indivíduo durante toda *persecutio criminis*, de modo que este possa se valer do contraditório e da ampla defesa para que o reconhecimento de sua inocência se perpetue, assegurado de que qualquer conduta estatal que afronte esse estado só se faça legítima após efetiva (e definitiva) prova da culpa.

* 1. **Interpretação**

Ventila a doutrina que o princípio da presunção de inocência se apresenta, basicamente, em duas vertentes: a primeira, de ordem probatória, estabelece que eventuais dúvidas devem ser interpretadas a favor do réu; a segunda nada mais é que uma regra de tratamento, determinando que o indivíduo não seja considerado e tratado como culpado enquanto não condenado definitivamente, isto é, por sentença irrecorrível. Alguns até incluem um terceiro espectro, cindindo a regra probatória em regra de processo e regra de julgamento.

Eugênio Pacelli ensina com brilhantismo:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório,* a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. (2013, p. 48, grifo do autor)

E a respeito do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento, o autor continua:

[...] o princípio exerce função relevantíssima ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção)* proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.” (2013, p. 48, grifo do autor)

Vale observar a pontuação feita por Pacelli ao não considerar que o princípio gera uma presunção de inocência, mas sim garante ao indivíduo um estado de inocência que apenas será afastado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No que tange ao caráter do princípio da inocência como regra probatória, acrescenta com brilhantismo Renato Brasileiro de Lima que

[...] a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. (2011, p. 13)

A distribuição do ônus da prova no processo penal não acontece equitativamente como no processo civil, em que as partes têm paridade de armas e se encontram no mesmo patamar, incumbindo ao autor mostrar o fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu, o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito. Em âmbito processual penal, o réu tem uma presunção relativa de inocência, a qual deve ser afastada por provas contundentes do acusador; se não obtiver êxito em esmiuçar a prática delituosa e sua autoria, prevalecerá a não culpa do réu.

Nesse aspecto, aludido postulado muito se aproxima do princípio do *in dubio pro reo*, o qual prescreve que, havendo qualquer dúvida quanto à responsabilidade penal do agente, o julgador deve sempre interpretar a favor do réu. Indubitavelmente, a consciência coletiva é muito mais propensa a aceitar a absolvição de um culpado que a condenação de um inocente.

O in dúbio pro reo não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da sua valoração: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. (LIMA, 2011, p. 14)

Importante destacar a ressalva feita pelo autor no sentido de que o princípio do *in dubio pro reo* prevalece até que a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria seja coberta pelo manto da coisa julgada, o que implica dizer que em eventual revisão criminal o ônus da prova recai sobre o agente. (LIMA, 2011, p. 15)

**1.3 Presunção de inocência *versus* presunção de não culpa**

No que tange à aproximação com o princípio do *in dubio pro reo*, muito se discute sobre o princípio expressamente previsto no artigo 5º da Carta Maior, divergindo a doutrina se trata da presunção de inocência ou apenas da não culpa, considerados por alguns estudiosos como dois princípios distintos. Isso porque, diferentemente dos Tratados Internacionais, os quais preveem expressamente que o indivíduo será considerado inocente, o texto constitucional de 1988 estabelece somente que o indivíduo não será considerado culpado, o que não implicaria, necessariamente, que deve ser considerado inocente, segundo a corrente que afirma serem princípios diferentes.

Para os que optam por não reconhecê-los como sinônimos, o princípio da inocência tem maior amplitude e caráter garantista que o princípio da não culpa, haja vista que este se restringe a não considerar o indivíduo como culpado pelo fato que lhe é imputado, o que, por si só, não o entende como inocente.

Pontue-se a discordância quanto ao momento até o qual essa presunção se estabelece: enquanto a Convenção Americana indica inocência até a prova da culpa, a Constituição da República estende-a até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Segundo Lima, o caráter mais benéfico e amplo da Constituição Federal, que não deixa dúvidas quanto à necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória para afastar o princípio da presunção de inocência, deve prevalecer em detrimento da Convenção Americana de Direitos Humanos. (2011, p. 12)

A propósito da dimensão do princípio da presunção de inocência, George Sarmento enfatiza a necessidade de "cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento". Cria-se assim "um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal", porém, "sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei", assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 55)

Desse modo, o aparente conflito de normas deve ser solucionado de modo a atender aos interesses do Estado e, ao mesmo tempo, garantir segurança ao indivíduo, de modo a evitar atitudes exacerbadas de ambos com suposto respaldo na lei. Na dúvida quanto à verdadeira abrangência do princípio, entende-se que deve ser utilizada sua forma mais benéfica e garantista, própria de um Estado Democrático de Direito e a favor do indivíduo considerado como parte de toda uma coletividade preocupada com a segurança jurídica e a justiça.

**2 BREVE ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**2.1 Prisão preventiva e direito fundamental à liberdade**

O direito à liberdade trata-se de uma conquista gradativa ao longo da história e hoje merece destaque como um dos direitos inerentes à pessoa humana: não há plenitude de vida digna com restrição da liberdade. Tanto o é que a liberdade tem previsão constitucional como direito fundamental e um remédio próprio para assegurar seu exercício, qual seja, o *habeas corpus.*

A privação da liberdade do indivíduo é ainda mais temerária quando não há julgamento definitivo acerca do fato criminoso lhe imputado. Por isso, prevê a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVI, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Na verdade, apesar da importância da liberdade de locomoção como fundamental do ser humano, os próprios tratados internacionais de humanos consagram a possibilidade de se decretar a prisão cautelar. (LIMA, 2011, p. 1196)

As hipóteses de restrição da liberdade são expressamente elencadas em lei e, dentre elas, está a prisão preventiva, a qual tem caráter instrumental para resguardar a persecução penal.

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo. (PACELLI, 2014, p. 549)

Registre-se que esse é o principal aspecto diferenciador entre prisão cautelar e prisão-pena: enquanto aquela tem por escopo garantir a efetividade do processo, a fim de resguardar a tutela penal ao final, esta manifesta-se como a resposta estatal ao ato lesivo do agente, de modo a reprimir e prevenir o crime.

**2.2 Requisitos e hipóteses de cabimento**

Dentre as prisões cautelares previstas no Código de Processo Penal e legislação extravagante, encontram-se a prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, cada qual com suas respectivas finalidades instrumentais e hipóteses de cabimento.

A prisão preventiva, prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal, o qual também elenca categoricamente os legitimados para requerê-la e prescreve a possibilidade de decretação de ofício pelo juiz no curso da ação penal, visa a garantir a efetividade das investigações ou do processo, consoante dispõe o artigo 312.

Preceitua o dispositivo legal em tela os requisitos e as hipóteses fundamentadoras da decretação da prisão preventiva: aqueles se referem ao *fumus comissi delicti*, isto é, à existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, ao passo que as hipóteses traduzem o *periculum libertatis,* consistente no risco gerado pela liberdade do agente, cuja prisão deve ser decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

O parágrafo único do artigo 312 traz uma última hipótese que enseja a prisão preventiva, qual seja, o descumprimento injustificado de outras medidas cautelares impostas.

Não basta, para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria. Além da justa causa, simbolizada pela presença obrigatória destes dois elementos, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida. As hipóteses de decretação da preventiva dão as razões para a deflagração da constrição à liberdade. Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se em preestabelecer quais os fatores que representam o perigo da liberdade do agente (periculum libertatis), justificando a possibilidade do encarceramento. (TÁVORA; ALENCAR, 2013 p. 580 e 581)

Nesse mesmo sentido, ensina Eugênio Pacelli que, mesmo presentes circunstâncias que coloquem em risco a efetividade do processo, não pode o juiz decretar a prisão preventiva se não houver perfeito encaixe com uma das hipóteses legalmente previstas. (2014, p. 550)

Como dito, a existência do crime e os indícios suficientes de autoria constituem o que se entende por *fumus comissi delicti,* isto é, a aparente existência de crime. “A aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória. (PACELLI, 2014, p. 553)

Nota-se que a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria compõem a justa causa, uma das condições da ação penal, o que torna temerária a decretação da prisão preventiva (pois existentes os requisitos para imediato oferecimento da denúncia) durante a fase de investigação. De fato, se há fundamento suficiente para a aplicação de medida tão drástica que é a prisão, haja vista a restrição da liberdade do indivíduo, não há porque assim não se reconhecer para iniciar o processo, onde haverá efetiva observância do contraditório e ampla defesa.

Por conveniência da instrução criminal entende-se a prisão que tem por escopo afastar qualquer perturbação no trâmite do processo. É o caso, por exemplo, de intimidação de vítimas e testemunhas pelo acusado, ocultação e destruição de provas etc.

Eis uma questão alvo de críticas por grande parte dos estudiosos, uma vez que a liberdade de um indivíduo não pode ser restringida simplesmente por ser conveniente para a instrução criminal. Com efeito, a conveniência não é fundamento suficiente para decretação da prisão, ainda mais de um indivíduo presumidamente inocente. É preciso que a prisão seja mais que conveniente, isto é, que seja imprescindível para a persecução criminal. Se é possível obter êxito na instrução processual por outros meios que não a prisão, esta deve ser evitada.

A prisão para garantir aplicação da lei penal é efetuada nos casos em que há uma probabilidade concretamente demonstrada de fuga do réu, motivo pelo qual se teme a ineficácia ao final do processo, pois não haverá aplicação da lei ao caso levado a Juízo. Em outras palavras, há um risco real de que o acusado fuja e o Estado não consiga se valer do *jus puniendi*.

Trata-se de efetiva garantia de aplicação da lei penal ao final do processo, na medida em que se evita a fuga do agente, o qual se supõe desejar eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal. Neste caso deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga.

A prisão preventiva decorrente do descumprimento injustificado de medida cautelar imposta se justifica porque, mesmo aplicadas medidas – diversas da prisão – necessárias e adequadas para garantir a instrução do processo, o acusado insistiu em descumpri-las, merecendo, pois, uma espécie de contenção, em razão do risco real que apresenta para a efetividade da persecução penal.

O artigo 313 do Código de Processo Penal, por sua vez, prescreve quatro condições de admissibilidade, isto é, requisitos não cumulativos e de observância obrigatória, sem os quais é inadmissível a aplicação da medida cautelar em apreço, quais sejam: a) ser o crime doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; b) ser o agente reincidente em crime doloso; c) ter a finalidade de garantir a execução de medidas protetivas de urgência no caso de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; e, por fim, d) para identificação do agente, quando houver dúvida sobre sua identidade civil ou não forem fornecidos elementos suficientes para a identificação.

Não se pode perder de vista que o cabimento da prisão preventiva está condicionado à impossibilidade de se obter o mesmo proveito por outro meio menos gravoso ao agente, motivo pelo qual é conhecida, inclusive, como a *ultima ratio.*

Portanto, não basta que preencham os requisitos dos artigos 310, 311, 312 e 313 do diploma processual penal se outras medidas cautelares forem suficientes para a mesma finalidade.

Renato Brasileiro de Lima é enfático nesse sentido:

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, também pode ser decretada de oficio pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais. (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 3Í2 do CPP, **e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão** (CPP, art. 319). (2011, p. 1308, grifo nosso)

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, os presos provisórios correspondem a 41% da população carcerária brasileira. Em alguns estados esse número é ainda assustadoramente maior, como no Piauí (68%), Bahia (64%) e Sergipe (76%). É visivelmente expressivo o número de pessoas presas no Brasil sem condenação criminal com trânsito em julgado.

Nesta seara, proclama Zaffaroni que

Aproximadamente ¾ dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Desses, quase 1/3 será absolvido. Isto significa que em ¼ dos casos os infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade total dos casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou medida de mera contenção; no que diz respeito ao ¼ restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva, de modo que nesse ¼ de casos absolvidos a arbitrariedade é evidente e incontestável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação. (2007, p. 71)

Em síntese, a massiva população carcerária brasileira é composta, em grande parte, por pessoas presas para benefício da instrução criminal, aplicação da lei penal ou manutenção da ordem pública. Esses presumidamente “não culpados” dividem o mesmo espaço com segregados já condenados em cadeias superlotadas e insalubres.

Não bastasse, consoante bem ilustrado por Zaffaroni, o fato de o réu ter permanecido preso durante a instrução induz a uma possível condenação, de modo que esta somente é afastada quando, apesar de exaustivas tentativas, não se encontra fundamentação para tanto. De fato, parece incoerente e difícil de justificar uma prisão preventiva que se prolonga por meses e, ao final, é extinta pela absolvição do réu.

Extrai-se, portanto, que ao invés de se decretar a constrição cautelar apenas nos casos imprescindíveis, a fim de se evitar antecipações de pena e até mesmo segregação de inocentes, vê-se uma reprodução alarmante de prisões provisórias que, para se justificarem, acabam acarretando condenações forçadas. Neste caso, é o principal que está seguindo o acessório.

**3 PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

**3.1 Finalidade**

Como se verificou, a prisão preventiva caracteriza-se por ser um instrumento para a tutela da persecução penal, seja na fase investigatória, seja na fase processual.

Nesse mesmo sentido, defende Pacelli:

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade. (2014, p. 549)

Com efeito, a decretação da prisão preventiva está condicionada à proporcionalidade, à necessidade e à adequação da medida. Por proporcional, entende-se que para a sua aplicação deve ser realizado um juízo de ponderação, a fim de verificar “se existe uma relação razoável entre os bens e interesses em conflito, de modo que a restrição que se estabeleça não seja desproporcional ante a importância do interesse estatal que se trata de salvaguardar.” (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 40)

A necessidade da prisão significa dizer que, havendo outras medidas cautelares eficazes para a finalidade que se almeja, não se admite recorrer à prisão. Em outras palavras, a prisão deve se fazer necessária, ou seja, deve ser o único meio pelo qual se possa obter o fim pretendido.

Por sua vez, a adequação nada mais é que um juízo de razoabilidade a ser realizado para a decretação da prisão, de modo que o instrumento para garantir a efetividade do processo não seja mais grave que a própria pena a ser aplicada ao final. Nunca é demais destacar que o processo não é um fim em si mesmo, o que, por consequência, torna inadmissível a aplicação de uma medida acautelatória mais gravosa que seu resultado final.

Portanto, o magistrado só poderá decretar a prisão preventiva quando não existirem outras medidas menos invasivas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais também seja possível alcançar os mesmos resultados desejados pela prisão cautelar. (LIMA, 2011, 1317)

Neste ponto, se justifica o texto do artigo 313 do Código de Processo Penal que, ao estabelecer requisitos mínimos para decretação da prisão preventiva, observa, de maneira genérica e não explícita, a pena em perspectiva, evitando que se leve à prisão alguém que terá sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, por exemplo.

Evidentemente, se a pena ao final do processo não restringirá a liberdade do indivíduo, tão menos deve fazê-lo o instrumento que objetiva apenas proteger a persecução penal.

É certo que o legislador, neste ponto específico, utilizou-se do princípio da homogeneidade, de forma que a medida cautelar passou a manter coerência com a pena de prisão, ao passo que se não se espera pena de prisão com o fim do processo, não razão para que o indivíduo seja preso cautelarmente. A margem de quatro anos é coincidente com as hipóteses de cumprimento de pena em regime aberto, bem como as de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (SILVA, 2011, p. 4)

Enquanto o caráter instrumental da prisão preventiva é facilmente identificado nas hipóteses de conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal e ante o descumprimento de outras medidas cautelares anteriormente impostas, o mesmo não se pode dizer da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica, esta que nada mais é que um desdobramento daquela.

De fato, não há dúvidas de que

As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal). (PACELLI, 2014, p. 554)

Contudo,

Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia de ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação 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, 2014, p. 556)

Infere-se que, diferentemente das demais hipóteses, a prisão preventiva como garantia da ordem pública não tem por escopo assegurar as investigações e/ou o processo, mas sim o direito fundamental da segurança pública: mediante a contenção do suposto criminoso, evita-se a reiteração de condutas lesivas a bens jurídicos penalmente protegidos.

**3.2 Conceito de ordem pública**

O busílis da questão está em decifrar o conceito de ordem pública que, por não ser previsto em lei, torna-se aberto à discussão e a variadas interpretações, não havendo um consenso acerca de seu real significado e abrangência.

Lucas Soares e Silva adverte que, embora a expressão ordem pública seja um conceito genérico que normalmente não se envolve com o interesse do processo, a decretação da prisão para garantia da ordem pública não pode se confundir com ausência de fundamentação. (2011, p. 6)

Com isso, fundamenta-se a prisão preventiva como garantia da ordem pública na necessidade de manutenção da segurança à coletividade ante a desestabilização gerada pela periculosidade do autor, esta demonstrada por sua conduta em concreto, sendo que aguardar o encerramento do processo por meio de sentença penal definitiva torna temerária a cristalização de referido direito constitucionalmente previsto.

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar,

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 preventiva com base neste 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 necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento. (2013, p. 581)

Para os autores, portanto, a busca da tranquilidade social justifica o encarceramento do agente quando seus atos demonstrarem, concretamente, um risco para a paz da coletividade.

Compartilha do mesmo entendimento Lucas Soares e Silva:

De fato, tais fundamentos se distanciam da finalidade imediata da medida cautelar (instrumento do instrumento), entretanto, estão intimamente ligados a outros interesses constitucionais, aos quais o processo penal também serve. O processo em si é meio de apaziguamento social, portanto, a serviço da ordem pública. A preservação criminal, em última análise, assegura a própria segurança do imputado, evitando linchamentos e execuções sumárias, eventos que de toda forma, frustram a instrução criminal justa. (2011, p. 7)

**3.3 Prisão preventiva para garantir a ordem pública sob o espectro da presunção de inocência**

A questão torna-se controversa na medida em que, aparente ou efetivamente, a prisão preventiva como garantia da ordem pública, com fins de efetivar o direito social à segurança pública, conflita com o também constitucional princípio da presunção de inocência. Explica-se. Se por um lado busca-se preservar a segurança social mediante a retirada daquele que se apresenta como uma atual ameaça aos bens jurídicos da coletividade, por outro lado, priva-se alguém da liberdade sem a certeza de que realmente é culpado pelos danos causados, o que significa, a grosso modo, a prisão de um presumidamente inocente.

Afinal, até sentença definitiva em contrário, aquele preso cautelarmente para garantia da ordem pública deveria ser tratado como inocente. Como responsabilizá-lo, então, pela desordem que se assola se deve ser tratado como inocente? A privação da liberdade para manutenção da segurança, sem qualquer finalidade processual não seria, por vias tortas, uma antecipação de pena?

[...] 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 (a prisão decretada com a finalidade de resguardar a ordem econômica também incorre nos mesmo vícios, porém foge ao objeto do presente estudo). (SOUZA, 2013 p. 3)

Nessa seara, a doutrina penal se divide em três posicionamentos:

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, citando Tourinho Filho, explicam que, segundo o posicionamento do renomado autor, a prisão preventiva como garantia da ordem pública “não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão 'ordem pública’ diz tudo e não diz nada” (2013, p. 582)

Entende Tourinho Filho, por conseguinte, que o encarceramento cautelar para manutenção da ordem pública é inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência.

Nucci, emprestando interpretação diversa, assevera que a "garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente". Assim, a gravidade da infração, a repercussão que esta possa atingir, com a indignação social e a comoção pública, colocando em xeque a própria credibilidade do Judiciário, e a periculosidade do infrator, daquele que por si só é um risco, o que se pode aferir da ficha de antecedentes, ou da frieza com que atua, poderiam, em conjunto ou separadamente, autorizar a segregação cautelar.

Filiamo-nos, como já destacado, à corrente intermediária, conferindo uma interpretação constitucional à acepção da ordem pública, acreditando que ela está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade. Destarte, a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional. Cabe ao técnico a frieza necessária no enfrentamento dos fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa desaguar na punição adequada, o que só então permitirá a segregação. Caso contrário, estaríamos antecipando a pena, em verdadeira execução provisória, ferindo de morte a presunção de inocência. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 582)

É notável o contraste existente entre os posicionamentos doutrinários acima expostos, o que leva a decisões totalmente antagônicas. Enquanto uma corrente entende pela absoluta inconstitucionalidade da prisão preventiva por afrontar o princípio constitucional da presunção de inocência, de outro lado, entende-se que a gravidade da infração, o clamor social e a periculosidade do agente são suficientes para ceifar-lhe a liberdade.

No que tange ao entendimento jurisprudencial, via de regra, os Tribunais entendem que a prisão preventiva como garantia da ordem pública não fere a presunção de inocência desde que haja fundamentação idônea:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO EM CONCURSO DE AGENTES - PRISÃO PREVENTIVA - FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS DEMONSTRADOS - QUANTIDADE E ESPÉCIE DE DROGA APREENDIDA QUE RECOMENDA O RECOLHIMENTO AO ERGÁSTULO PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA.I- Com efeito, é da sabença de todos que a "... prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação" (STJ - RHC 47.737/AL).Assim, ela "... deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade" (STJ - RHC 54.180/MG).II- Na presente hipótese, considerando a existência dos indícios de fumus comissi delicti, bem como, o periculum libertatis, a manutenção do recolhimento preventivo ao ergástulo público é de rigor para que seja a ordem pública preservada.ORDEM NÃO CONCEDIDA.(TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1384535-5 - Castro - Rel.: Gamaliel Seme Scaff - Unânime - - J. 13.08.2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. LIBERDADE PROVISÓRIA. 1.O fato de ser o paciente primário, possuindo residência fixa e ocupação lícita não pode permitir-lhe a liberdade provisória, tendo em conta as circunstâncias do delito e suas consequências. 2. A decisão de conversão adequadamente motivada. 3. Prisão preventiva não viola o princípio da "presunção de inocência" Inteligência da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do artigo 5 º da Constituição Federal. 4. Constitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06. Declaração de inconstitucionalidade do dispositivo pelo E. STF, em controle incidental, não tem força vinculante. Ausência de Resolução do Senado Federal. Ordem Denegada. (TJ-SP - Tráfico de Drogas e Condutas Afins: 00464415420148260000 SP 0046441-54.2014.8.26.0000, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 18/09/2014, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/09/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LEGALIDADE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REQUISITO PRESENTE. PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO VIOLAÇÃO. PEDIDO DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I - Não há ilegalidade na decisão do juiz que converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes o fumus comissi delicti e o periculum libertatis,justificando-se a segregação para o resguardo da ordem pública, ante a gravidade em concreto da conduta imputada ao agente. II - Mantém-se a prisão preventiva quando as demais medidas cautelares se mostrarem inadequadas ou insuficientes para coibir o comportamento delituoso. III - As condições pessoais favoráveis ao paciente, tais como residência fixa e primariedade não impedem a aplicação da prisão cautelar, quando verificados outros elementos a recomendar a manutenção da custódia, para preservar a garantia da ordem pública. IV - A prisão cautelar não viola o princípio da presunção de inocência, desde que devidamente fundamentada em seus requisitos autorizadores, pois não implica em juízo de culpabilidade antecipado. V Ordem denegada.(TJ-DF - HBC: 20140020138577 DF 0013962-36.2014.8.07.0000, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 10/07/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/07/2014 . Pág.: 168)

HABEAS CORPUS. DELITO DE ENTORPECENTES - LEI Nº 11343/06. AUSENTE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. As circunstâncias em que ocorreu a prisão do paciente indicam possíveis indícios de autoria. Afora isso, consoante a jurisprudência, a prisão cautelar não viola o princípio de presunção de inocência, Habeas Corpus de nº 71.164/SP, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. ORDEM DENEGADA (Habeas Corpus Nº 70052805231, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 09/05/2013)(TJ-RS - HC: 70052805231 RS , Relator: Jaime Piterman, Data de Julgamento: 09/05/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/05/2013)

Em que pesem os respeitáveis entendimentos em contrário, não se pode concordar que a prisão de um presumidamente inocente ocorra em vista da gravidade do crime em abstrato, tampouco do clamor social por punição, sob pena de se sujeitar a constrição cautelar aos ditames do legislador (que edita preceito genérico e abstrato), à sociedade sedenta por repressão ao crime (desconhecendo a distinção da prisão provisória e prisão-pena quanto à finalidade) e aos meios de comunicação em massa (normalmente de caráter sensacionalista, pregam a cultura da repressão), sem evidenciar os reais aspectos do caso em concreto.

Esse parece ser o entendimento da Corte Suprema:

Habeas Corpus. Processual Penal. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Crime de furto qualificado pelo concurso de agentes (CP, art. 155, § 4º, inciso IV). Alegada falta de fundamentação. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Impetração dirigida contra decisão monocrática com que o relator do habeas corpus naquela Corte de Justiça indefere liminarmente a inicial com arrimo na Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal. Não exaurimento da instância antecedente. Apreciação per saltum. Impossibilidade. Dupla supressão de instância. Precedentes. Presença de ilegalidade flagrante que autoriza, excepcionalmente, abstrair os óbices processuais em evidência. Conversão do flagrante do paciente em prisão preventiva, pelo suposto furto de uma bicicleta, assentado na gravidade em abstrato do delito. Fundamento inidôneo para justificar a medida extrema. Precedentes. 1. É firme a jurisprudência da Corte no sentido de que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão de Relator que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminarmente o pedido com supedâneo na Súmula 691 do STF. Essa circunstância impede o exame da matéria pelo Tribunal, sob pena de se incorrer em dupla supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites da competência descritos no art. 102 da Carta Magna” (HC nº 117.761/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 4/10/13). 2. Como se não bastasse, é inadmissível o habeas corpus que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente. 3. **Presença de constrangimento ilegal flagrante, que autoriza, excepcionalmente, abstrair os óbices processuais em evidência. 4. O Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Cajuru/SP, ao converter a autuação em flagrante do paciente em prisão preventiva, pelo suposto furto de uma bicicleta, baseou-se, tão somente, na gravidade em abstrato do delito, fundamento esse, consoante a jurisprudência da Corte, insuficiente para se manter a medida extrema.** 5. Habeas corpus do qual não se conhece. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, se, por al, não estiver preso. (HC 128284, Relator(a):  Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 30-06-2015 PUBLIC 01-07-2015, grifo nosso)

1. Habeas Corpus. 2. Questão de ordem. Renovação da sustentação oral. Alteração substancial da composição do Tribunal. A alteração da composição do Tribunal não autoriza a renovação da sustentação oral. Maioria. 3. **Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Ausência de fundamentação concreta da necessidade da prisão. No entendimento da maioria, a comoção popular não é, por si só, suficiente para demonstrar a necessidade da prisão.** 4. Poderes de investigação do Ministério Público. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. Maioria. 5. Rejeitada a questão de ordem por maioria. Ordem concedida, por maioria, apenas para cassar o decreto de prisão preventiva. (HC 84548, Relator(a):  Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão:  Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2015, DJe-067 DIVULG 09-04-2015 PUBLIC 10-04-2015 EMENT VOL-02768-01 PP-00001, grifo nosso)

A seguinte decisão do Tribunal da Cidadania bem sintetiza a questão:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP.

PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregação do réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Assim, a prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada, mediante decisão suficientemente motivada, em caráter excepcional, não bastando invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário, decorrentes dos elevados índices de violência urbana.

3. No caso, o magistrado de origem apontou genericamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, uma vez que se limitou a afirmar, em decisão padronizada, com expressões genéricas do tipo "cuidam os autos de crime(s) gravíssimo(s), que coloca(m) em risco a saúde e a ordem públicas, seriamente abaladas com delito(s) desse jaez"; "a(o)(s) acusada(o)(s), pela gravidade do crime, demonstra(m) periculosidade, impondo-se a restrição da liberdade para garantia da ordem pública (RT 648/347) e mesmo por conveniência da instrução criminal (JSTJ 8/154)"; "os fatos causaram grande indignação e clamor público na Comarca", a necessidade da prisão preventiva do acusado.

4. As particularidades concretas de cada caso não podem, em decisão que suprime a liberdade humana, ser ignoradas, sob pena de engendrar a decretação automática de prisão preventiva contra todos os autores de crimes graves, independentemente de singular apreciação de cada um deles, o que atenta contra o princípio da excepcionalidade da cautela extrema.

5. Evidenciada a existência de corréu em situação fático-processual idêntica, devem ser estendidos a ele os efeitos desta decisão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício, para revogar a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, com extensão dos efeitos ao corréu LEANDRO CAIO AMORIM FRANCECONI, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, se concretamente demonstrada sua necessidade, sem prejuízo de imposição de medida alternativa, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal. (HC 299.666/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014)

Dessarte, no geral, os Tribunais entendem pela conciliação da prisão preventiva para garantir a ordem pública e a presunção de inocência, desde que a decretação da custódia cautelar se paute nos requisitos legais e em aspectos concretos da situação. Como já explicitado, não há definição legal do que consista a ordem pública, dando azo a inúmeras possibilidades de interpretação, de maneira que é possível visualizar decisões judiciais pautadas em suas diversas vertentes.

Para ilustrar, cita-se decisão proferida pelo ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso que, ao contrário dos demais julgadores – juiz de primeira instância, Tribunal Estadual do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça – concedeu liberdade a réu primário acusado de guardar, para comercialização, 69g da substância entorpecente conhecida como maconha. O julgado foi assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. TRÁFICO DE REDUZIDA QUANTIDADE DE MACONHA. PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC 127986/RS, Relator(a):  Min. ROBERTO BARROSO, Decisão Monocrática, julgado em 08/05/2015)

No texto da decisão, o ministro aponta a inexistência de elementos que demonstrem a necessidade da prisão preventiva, aduzindo que a decretação da custódia cautelar se fundamentou na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, pois o réu era primário e a quantidade de maconha, droga de menor potencial lesivo à coletividade, reduzida.

O ministro ainda pontua:

Em segundo lugar, no atual sistema prisional brasileiro, enviar jovens, geralmente primários, para o cárcere, em razão do tráfico de quantidades não significativas de maconha, não traz benefícios à ordem pública. Pelo contrário, a degradação a que os detentos são submetidos na grande maioria dos estabelecimentos e a ausência de separação dos internos entre primários e reincidentes e entre provisórios e condenados, transformam os presídios em verdadeiras “escolas do crime”. Presos que cometeram ou são acusados de ter cometido crimes de menor potencial lesivo passam a ter conexões com outros criminosos mais perigosos, são arregimentados por facções e frequentemente voltam a delinquir após saírem das prisões.

Notória a divergência acerca do tema, uma vez que três outros julgadores entenderam pelo cabimento da prisão e, se não recorresse ao STF, possivelmente o acusado ainda estaria cautelarmente preso. O que foi considerado fundamento para garantia da ordem pública por um juiz, um desembargador e um ministro do STJ, não o foi para o ministro Barroso o que, evidentemente, gera insegurança jurídica para os indivíduos, os quais dependem da sorte de quem julgará seus recursos e habeas corpus.

Como se verifica, é salutar que a abrangência do conceito de ordem pública seja limitada, sob pena de se ampliar o poder estatal em face do indivíduo. De fato, os Estados totalitários se utilizam de conceitos genéricos, maleáveis, para suprimir direitos individuais, enquanto, em sentido contrário, os Estados democráticos pautados na legalidade, na medida em que estabelecem definições legais, devem estrita observância à própria regra por eles mesmo editadas.

Marcelo Ferreira de Souza, citando Norberto Bobbio e outros, explica que

Assim, enquanto nos ordenamentos dos Estados monopartidários se confirma uma noção elástica do conceito de ordem pública, ampliando os limites e permitindo a redução dos direitos de liberdade, nos Estados que adotam o regime democrático-liberal, predomina a tendência de não ser possível estabelecer limites situados além dos já previstos no âmbito da disciplina constitucional de cada um daqueles direitos. (2008, p. 19)

Evidentemente, quanto mais o conceito de ordem pública for incerto e ilimitado, maior elasticidade terá o Estado para fundamentar a prisão do indivíduo.

É sabido que não há direito ou princípio absoluto, devendo todos conviverem harmoniosamente no seio social. Contudo, por se tratar de cláusula aberta, há uma gama de interpretações do que pode ser considerado “ordem pública” e inúmeras decisões judiciais divergentes analisando situações semelhantes, o que gera insegurança jurídica para o cidadão e afronta direta ao princípio da legalidade.

Diante dessa situação, em que o conceito de ordem pública não foi especificamente definido pelo legislador, de suma importância que o Judiciário assuma o papel de estabelecer um único entendimento para fundamentação da prisão preventiva nesta hipótese de cabimento, inserindo parâmetros que evitem arbitrariedades na interpretação.

Em decorrência da omissão, o conceito de ordem pública torna-se vago e indeterminado, dificultando a definição do alcance da expressão. Nesse contexto, o papel do intérprete, do aplicador do direito, é de fundamental importância, por ter que extrair dos dispositivos legais normas aceitáveis e eficientes. O legislador convoca o aplicador do direito para a definição do sentido adequado à natureza das situações concretas, diversificando e variando o alcance em razão das condições relacionadas à matéria, às referências locais, ao tempo, aos usos e costumes e à evolução social. (SOUZA, 2008, p. 21)

Não se procura, com isso, engessar o instituto da prisão preventiva, mas apenas extrair a interpretação do conceito de ordem pública mais coerente às condições sociais da época a fim de se dar mais segurança ao indivíduo, nada impedindo que a evolução social enseje uma nova recapitulação pelo Judiciário.

Pelo exposto, infere-se que o primeiro passo para compactuar a ordem pública, fundamentada no direito à segurança pública da coletividade, e a presunção de inocência é limitar o caráter genérico daquela. Se não há parâmetros definidos, qualquer argumento recorrente à segurança pública pode ser considerado legítimo para a decretação da prisão de alguém recoberto pela presunção de não culpabilidade, ferindo de morte o princípio constitucional.

**CONCLUSÃO**

Tendo em vista sua natureza de medida cautelar, a prisão preventiva se apresenta como um instrumento para êxito da persecução criminal. No entanto, uma das modalidades de prisão preventiva, muito adiante dos interesses meramente processuais, tem por escopo também proteger a sociedade de indivíduos potencialmente perigosos.

Além da temeridade desse argumento por supostamente ir de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que se enclausura alguém considerado inocente em decorrência do suposto perigo que apresenta, a situação se agrava pela vagueza do próprio conceito de ordem pública. Não havendo definição legal, cabe ao aplicador da lei pontuar, no caso concreto, o que entende como fundamento para manutenção da ordem.

Os posicionamentos judiciais, além de muito se divergirem, mudam com uma velocidade assustadora. A todo momento há novas ideias, novos pontos de vista, novas formas de se pensar. Assim evolui o Direito e deve ser para desenvolvimento da ciência jurídica. No entanto, é preciso refletir sobre a segurança que o cidadão – e a própria sociedade – tem para que, nas mesmas situações, não sejam tomadas medidas absolutamente distintas.

Afinal, a maior ou menor abrangência que se dá à expressão ordem pública e às situações que a evidenciam alteram sobremaneira a vida do indivíduo, podendo restringir um de seus maiores e mais dificilmente conquistados bens: a liberdade.

Diante disso, tratando-se esta modalidade de prisão como necessária para resguardar a segurança pública, questiona-se se efetivamente a soma dos interesses dos indivíduos como membros do corpo social deve prevalecer sobre a individualidade daquele presumidamente inocente, mas considerado de alta periculosidade para se manter em liberdade.

Por um lado, considerando que os direitos sociais abrangem um número indefinido de pessoas, aparentemente, a proteção de tais direitos deveria sobressaltar em detrimento do direito individual, pois beneficiaria um número maior de bens jurídicos.

Mas a ponderação de interesses deve ser realizada pela simples soma? A proteção da segurança coletiva, por si só, seja ela somente de bens patrimoniais, por exemplo, deve prevalecer sobre a liberdade do indivíduo em estado de inocência?

Cumpre refletir se o simples fato de se privilegiar o interesse da maioria não geraria um risco para cada um dos indivíduos dessa própria maioria quando se visse particularizado, destacado do seio social. Desse modo, embora a prisão preventiva para garantia da ordem pública intente proteger toda a coletividade, a insegurança gerada quanto à sua admissibilidade abarcaria todos individualmente considerados.

Se o conceito é genérico, amplas são as possibilidades de interpretação, de modo que aquele que inicialmente se via protegido pela norma, diante de um caso concreto, pode ser castigado por ela, vendo cair por terra sua presunção de inocência.

Nota-se, portanto, que o primeiro passo para a mínima adequação da prisão preventiva para garantia da ordem pública ao princípio da presunção de inocência é a definição, com consequente limitação, do próprio conceito de ordem pública, a fim de que sua incidência seja facilmente interpretada de maneira prévia.

É essencial que se mantenham os debates para delimitar a abrangência dessa modalidade de prisão que gera controvérsias quanto à eficácia e à própria constitucionalidade. Em que pese o direito à segurança pública ser previsto no texto constitucional, também o são os princípios da legalidade, segurança jurídica e presunção de inocência, não se podendo admitir que prisões sejam decretadas sem qualquer critério preestabelecido, ao bel prazer e entendimento do aplicador da lei. Precisa-se de parâmetros para que a Justiça não se torne um jogo de azar em que a liberdade é o prêmio.

**REFERÊNCIAS**

AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal:** as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 24 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2014.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\_de\_pessoas\_presas\_correcao.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

GRECO, Rogério. Principiologia Penal e Garantia Constitucional à Intimidade. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson (org.). **Temas Atuais do Ministério Público:** A Atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: 2008, Lúmen Juris.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** v. 1. Niterói: Impetus, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Lucas Soares e. O processo como fator de discriminação: análise das medidas cautelares no processo penal. Jacarezinho, 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/5.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança Pública e Prisão Preventiva:** No Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Renato Perrotta de. **A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública.** Artigo Científico para Conclusão de Curso (Especialização). Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 8. ed. atual. Salvador: Juspodivm. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

1. Pós-graduanda em nível de Especialização em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos-SP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. [↑](#footnote-ref-1)