

## A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

REGIS DE ANDRADE CARDOSO  
ANDREZA CRISTINA MACHI  
FERNANDA HELOISA MACEDO

### RESUMO

A liberdade de locomoção é um direito assegurado aos indivíduos para que desfrutem de outras garantias fundamentais ao seu desenvolvimento. Todavia, quando o indivíduo abusa ao usufruir de tais garantias, sofre como restrição, a perda da liberdade de locomoção. No ordenamento jurídico vigente, encontra-se como modalidade de prisão cautelar, a preventiva, a qual dentre seus requisitos apresenta-se a garantia da ordem pública. Esta locução mostra-se obscura e prolixa, o que dificulta a atuação do jurista ao fundamentar o decreto de prisão. Por isso este artigo apresenta como objetivo elucidar o sentido da expressão ordem pública, visando facilitar a atuação dos profissionais do Direito. Para esta elucidação, realizou-se pesquisas em várias obras e periódicos para embasar o posicionamento. O presente artigo possibilitou concluir que a ordem pública destina a tutelar os interesses da coletividade quando estes se encontram violados ou ameaçados de violação, sem contudo, utilizar-se do clamor público.

Palavras chave: liberdade, prisão, ordem pública.

### ABSTRACT

The freedom to travel is a right guaranteed to individuals to enjoy other fundamental guarantees for their development. However when the abused person to obtain such guarantees suffer as restriction, loss of freedom of locomotion. In the current legal system is as a form of preventive detention measure which, among its requirements it is the guarantee of public order. This phrase seems to be obscure and prolix, which complicates the work of a lawyer to explain the decree in prison. Therefore, this article presented as objective explain the meaning of the term public policy to facilitate the work of professionals in the law. To elucidate this, research was carried out in various books and journals for the position based. This article has concluded that public policy designed to protect the interest of the community when, are violated or threatened breach, without however, use is the public outcry.

Key words: freedom, prison, public policy.

### 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de locomoção insere-se no ordenamento jurídico como uma das principais garantias destinadas aos indivíduos, pois para a execução de outras garantias, como por exemplo, a liberdade de associação, torna-se fundamental o indivíduo poder usufruir da locomoção.

Dessa forma, a sociedade constrói suas crenças, costumes princípios e regras que visem coibir a violação de tais. Como na maior parte, as violações decorrem do exercício do direito de locomoção, a sanção estabelecida, nada mais foi do que a perda desta garantia, instituindo-se, assim, as prisões.

No ordenamento jurídico vigente encontram-se como espécies de prisão a temporária, destinada a investigação processual, e a preventiva, que visa assegurar a garantia da ordem pública e econômica, a instrução processual e a aplicação da lei penal.

No tocante a estes requisitos encontra-se como mais polêmico a “garantia da ordem pública” pela sua abstração e imprevisão.

Nesse sentido Oliveira (2006) afirma que tal abstração gera uma insegurança, não apenas para a doutrina, mas também para os Tribunais Superiores que julgam, em sede de *habeas corpus*, pedidos para a revogação da prisão decretada sob este fundamento.

Portanto, neste artigo buscou-se elucidar o significado a expressão “garantia da ordem pública” proporcionado aos juristas uma melhor compreensão do tema. Além disso, buscou-se, primeiramente, explicar o sentido da liberdade de locomoção para apenas depois adentrar nos motivos de sua restrição, no caso, a prisão, em especial a preventiva inserida no art. 312, do Código de Processo Penal.

Além disso, tal estudo demonstra sua relevância pelo fato da restrição a liberdade ser uma medida muito extrema que deve ser tomada, quando necessário, com fundamentos concretos e coesos, evitando arbitrariedades e, conseqüentemente, ilegalidades.

Para a confecção deste artigo utilizou como procedimento metodológico o estudo bibliográfico, o qual sucedeu-se através de análises em doutrinas, jurisprudências e periódicos forenses.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Liberdade de locomoção

A liberdade é inerente ao homem, concebida desde a sua formação. A liberdade é imanente à natureza humana. O Estado a reconhece, a regula e restringe seu uso pelo homem.

Várias acepções são dadas à palavra liberdade. Uns a definem como oposição ao autoritarismo, ausência de coação. Há quem a conceitue em razão do seu exercício, fazer aquilo que lhe apraz. Também pode ser expressa pelo antagonismo de cativo ou a participação no exercício do Poder, entre outros.

Nesse contexto, Silva (2002) aduz que liberdade consiste na “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

Já para Montesquieu, citado por Chavalier (1998, p. 139), “a liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder.”

A Constituição consagra no art. 5º, inciso XV, o direito a livre locomoção no território nacional em tempo de paz, autorizando, diretamente, a qualquer pessoa o ingresso, a saída e a permanência, inclusive com os próprios bens.

Segundo Pimenta Bueno citado por Morais (2005, p. 112):

“A liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, posto que o homem seja membro de uma nacionalidade, ele não renuncia por isso suas condições de liberdade, nem os meios racionais de satisfazer as suas necessidades ou gozos. Não se obriga ou reduz à vida vegetativa, não tem raízes, nem se prende à terra como escravo do solo. A faculdade de levar consigo seus bens é um respeito ao direito de propriedade”.

Tal raciocínio é complementado por Canotilho e Moreira (1993) ao afirmarem que a liberdade de deslocamento interno e de residência e liberdade e deslocação transfronteiras constituem, em certa medida, simples corolários do direito à liberdade.

Todavia, este direito não é absoluto, encontrando restrições ao seu uso quando a liberdade viola outras garantias também tuteladas pelo ordenamento jurídico, como no caso de práticas de condutas criminosas, tipificadas na legislação penal.

Tal restrição se deve ao fato da sociedade, em razão dos costumes e crenças não admitir a prática de certas condutas que se tornem incompatíveis com seus preceitos, como por exemplo, a prática de tortura, homicídio. E assim, como tais crimes são praticados em razão da liberdade de locomoção que os indivíduos possuem, esta sofre limitações em resposta ao dano causado à coletividade.

Dentre tais limitações encontra-se a prisão, ou seja, o encarceramento do indivíduo em certo estabelecimento penal para que, em regra, tenha consciência do mal que cometeu e não volte mais a praticá-lo, respeitando seus semelhantes.

Todavia, há casos em que a prisão pode ser decretada visando uma prevenção a um dano maior, ou seja, de forma preventiva. Neste caso, para sua decretação torna-se necessário preenchimento de alguns requisitos, os quais, neste momento, serão explicados com mais detalhes.

#### Fundamentos da prisão preventiva

No termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva será decretada para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime ou indícios suficientes de autoria.

A prisão para garantia da ordem econômica visa impedir que o agente causador de um abalo à situação econômico-financeiro de uma instituição financeira ou mesmo do órgão do Estado, permaneça em liberdade.

Nucci (2006) afirma que estes tipos de criminosos equipara-se ao do colarinho branco, pois o desfalque em uma instituição financeira pode causar uma maior repercussão na coletividade do que um simples furto cometido contra uma determinada pessoa.

No tocante a conveniência da instrução criminal, esta visa a garantia da efetividade no andamento processual, e zela pelo rito processual, também pela colheita de provas conforme preceitua a legislação, evitando que provas testemunhais ou periciais se tornem prejudicadas.

Já a prisão para assegurar a aplicação da lei penal, na verdade, objetiva garantir a execução penal, possibilitando que o processo penal obtenha sua finalidade.

“Proporciona ao Estado o exercício do direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal” (NUCCI, 2006, p. 612).

“As prisões por conveniência da instrução criminal processual e para assegurar a aplicação da lei penal são prisões instrumentais, voltadas para garantia da efetividade do processo” (OLIVEIRA, 2006, p. 434).

No tocante ao fundamento da prisão preventiva para garantia da ordem pública, cerne da discussão deste artigo, Oliveira (2006) destaca que sua conceituação é muito imprecisa o que, por sua vez, gera uma insegurança tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, tendo em vista a possibilidade em se exercer um controle sobre a vida social do indivíduo.

Silva (2005) afirma que do resgate das expressões utilizadas para dar significado à "garantia da ordem pública", constata-se que as mesmas são em verdade fórmulas vazias e sem conteúdo processual, como por exemplo, a 'potencialidade lesiva do crime' ou 'gravidade do delito', a 'preservação da credibilidade na Justiça', a 'periculosidade do agente' ou 'reiteração criminosa', o 'clamor público', entre outras.

A 'potencialidade lesiva' ou 'gravidade do delito', segundo o referido autor, não poderá servir de base para a manutenção da prisão de alguém, afinal, isto por si só não enseja a custódia do agente, uma vez que não mais existe prisão preventiva obrigatória para crimes graves na legislação brasileira, devendo-se demonstrar no caso concreto, quais elementos indicam o *periculum libertatis*.

Já o argumento de que a necessidade de 'preservação da credibilidade na justiça' Silva (2005) afirma que é dos que mais atenta contra os princípios processuais penais cautelares, pois, "a prisão preventiva não pode ser instrumento da ação judicial para servir a essa pobreza cultural que exige cadeia imediatamente para todo e qualquer acusado..."

No tocante ao argumento relativo à 'periculosidade do agente', que visa fundamentar a prisão preventiva para que o agente não 'volte a delinquir', não 'prossiga na reiteração criminosa' ou não 'consume um crime tentado', acarreta verdadeira presunção de culpabilidade, conforme Delmanto Junior:

“Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado. (...) Com a referida presunção de reiteração, restariam violadas, portanto, as garantias constitucionais da desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5º, LVII) e da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, § 2º, c/c os arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)”. (DELMANTO JUNIOR, 1998, p. 152-153)

Para Fernandes (2005) a prisão preventiva decretada nestas circunstâncias caracteriza-se como uma forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos.

Mendes (2009) reforça a conceituação de Fernandes (2005) ao afirmar que não se pode olvidar o posicionamento doutrinário que destaca o fato de que o conceito de

ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade.

Nota-se que, para os referido autores, a ordem pública objetiva não apenas garantir a efetividade do processo, mas principalmente, tutelar os interesses da coletividade, resguardando, com isso, a credibilidade da Justiça.

Nesse sentido, também encontra-se o posicionamento de Mirabete (2003, p. 803):

“A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se medida como garantia do prestígio e segurança da atividade jurisdicional” ( MIRABETE, 2003, p. 803).

Oliveira (2006) chama a atenção dizendo que somente deve ocorrer a prisão preventiva fundamentada na ordem pública nas hipóteses de crimes com alto teor de gravidade, comprovada a intranquilidade da sociedade.

Assim, não basta que haja um perigo que poderá ferir interesses da coletividade, mas sim que o crime possua um alto teor de gravidade, gerando repudia pela sociedade. Dentre tais crimes poderia citar os crimes hediondos, que possuem tal denominação justamente em razão da repudia causada à sociedade com a sua consumação.

Além disso, atualmente pode-se inserir neste rol o crime tipificado no art. 217-A do Código Penal, inserido pela lei 12.015 de 10/08/09, o qual prescreve que:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

Em razão de tais crimes, por possuírem um caráter de extrema gravidade, a mídia, principal instrumento de informação popular, na maioria das vezes, faz um certo clamor público para chamar a atenção da população sobre a impunidade de alguns crimes. As vezes o fato de um criminoso ter a possibilidade de responder em liberdade, em obediência legislação constitucional e processual penal, a mídia prega uma visão distorcida do objetivo da legislação.

Visando combater esse sensacionalismo, o Supremo Tribunal Federal não tem aceitado o clamor público como justificativa para decretar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, pois que o Judiciário, ao apoiar as indignações populares, tornar-se-ia refém da própria coletividade.

No julgamento do HC 80.719, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 28/9/2001, decidiu da seguinte forma:

“O clamor público, ainda que se trate de crime hediondo, não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade. 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”.

Na verdade, a insatisfação popular com a execução de alguns crimes faz com que a prisão processual perca este caráter, adquirindo o de uma verdadeira pena, o que não coaduna com os ditames constitucionais, principalmente as garantias individuais inseridas no art. 5º da Constituição da Federal de 1988, como o da presunção da inocência.

Delmanto Junior (2001) corrobora este posicionamento ao afirmar que, nesses termos, a prisão preventiva distancia-se de seu caráter instrumental, intrínseco a toda medida cautelar, quando é decretada para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida.

Enfim, a prisão preventiva para garantia da ordem pública deve ser decretada para resguardar os interesses da coletividade que apresentem um potencial de vulnerabilidade em face do crime praticado, e não pela insatisfação da sociedade com a prática de certos crimes, atribuindo a esta modalidade de prisão, o caráter de pena.

## CONCLUSÃO

Após tais considerações conclui-se que, a expressão garantia da ordem pública significa a possibilidade de decretação da prisão preventiva para tutelar interesses coletivos e fazer com que o indivíduo, ao ver-se privado de sua liberdade de locomoção, reflita sobre o mal que causou, em regra, e não volte mais a delinquir.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2008.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em :< [www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em 11 ago. 2009.
- BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941, Instituiu o Código de Processo Penal. Disponível em:< [www.planalto.gov.br/CCIVIL/...Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/...Lei/Del3689.htm)> Acesso em 11 ago. 2009.
- BRASIL. Hábeas Corpus 80719. São Paulo. Rel Ministro Celso de Mello. DJ 28.09.01. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.+E+80719.NUME.&base=baseAcordaos>> Acesso em 10 ago. 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada, 3 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.
- CHEVALIER, Jean Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydia Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

- DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRABETE, Julio Fabrini. Código de Processo Penal Interpretado. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 6ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Bruno César Gonçalves da. Uma vez mais: da garantia da ordem pública como fundamento de decretação da prisão preventiva. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6965>>. Acesso em: 15 jul. 2009.