

O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

THE PUBLIC ORDER GUARANTEE BASED ON THE DECREASE OF
PREVENTIVE PRISON

COELHO, Lázaro Rodrigues ¹
CANEDO, Paula Fernandes Teixeira ²

RESUMO

Este teve como objetivo discutir sobre as modalidades de prisões cautelares, em especial o fundamento da garantia da ordem pública na decretação da prisão preventiva, considerando que a aplicação da medida preventiva visa a garantir o bom funcionamento da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal. A que se refere a ordem pública para fundamentar uma prisão preventiva? O objetivo principal deste artigo é analisar os pressupostos e fundamentos legais que norteiam a aplicabilidade da prisão preventiva, principalmente, seu fundamento de garantir a ordem pública. a metodologia utilizada para a confecção deste consiste em pesquisas bibliográficas, coletando dados através de livros de autores conhecidos da área do Direito Penal, jurisprudências, bem como as leis pertinentes ao assunto e, fundamentando, principalmente, no artigo 312 do Código de Processo Penal. Justifica-se como escolha do tema, a importância dessa espécie de prisão cautelar para se garantir o bom andamento do processo criminal e atender aos clamores da sociedade nas infrações penais que geram maior comoção e exigem uma resposta rápida por parte do Estado. Sendo de importância para a Polícia Militar, como forma de gerar discussões e entendimentos sobre o assunto e ajudar na construção de um conceito de excepcionalidade em relação à prisão preventiva. Os resultados apontam que ele seja o primeiro requisito estabelecido no artigo 312 do Código de Processo Penal, se não o principal para a adoção da prisão cautelar estudada neste artigo, sendo cabível na maioria dos casos.

Palavras-Chave: Modalidades; Prisões; Ordem; Fundamento; Garantia; Pública; Processo; Penas; Legalidade.

ABSTRACT

This article deals with the modalities of precautionary prisons, in particular the grounds for the guarantee of public order in the enactment of preventive detention, considering that the application of the preventive measure is aimed at ensuring the proper functioning of public order, economic order, criminal investigation or the application of criminal law. What does public order refer to as a basis for pre-trial

¹ Aluno Soldado do Curso de Formação de Praças, do Comando da Academia da Polícia Militar do Estado de Goiás – CAPM, lazzaro.rds@gmail.com, Goiânia-GO, Maio de 2018.

² Orientadora: Mestre em Direito Processual pela UNAMA, Professora do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, paulapft@hotmail.com, Goiânia-GO, Maio de 2018.

detention? The main objective of this article is to analyze the assumptions and legal foundations that guide the applicability of the preventive detention, mainly, its foundation to guarantee the public order. the methodology used to compile it consists of bibliographical research, collecting data through books of authors known in the area of Criminal Law, jurisprudence, as well as the laws pertinent to the subject and based mainly on Article 312 of the Code of Criminal Procedure. The choice of the topic is justified by the importance of this kind of pre-trial detention in order to ensure the proper progress of the criminal process and to respond to the demands of society in criminal offenses that generate the greatest commotion and demand a rapid response from the State. Being of importance to the Military Police, as a way of generating discussions and understandings on the subject and help in the construction of a concept of exceptionality in relation to the preventive prison. The results indicate that it is the first requirement established in article 312 of the Code of Criminal Procedure, if not the main one for the adoption of the precautionary prison studied in this article, being applicable in most cases.

Keywords: Modalities; Prisons; Order; Rationale; Warranty; Public; Process; Feathers; Legality.

1 INTRODUÇÃO

A prisão processual ou cautelar é uma modalidade utilizada durante o curso da persecução penal, a qual se divide em prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

Assim, este artigo versa sobre as modalidades de prisões cautelares, em especial o fundamento da garantia da ordem pública na decretação da prisão preventiva, considerando que a aplicação da medida preventiva visa a garantir o bom funcionamento da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal.

Surgindo como indagação: A que se refere a ordem pública para fundamentar uma prisão preventiva?

O objetivo principal deste artigo é analisar os pressupostos e fundamentos legais que norteiam a aplicabilidade da prisão preventiva, principalmente, seu fundamento de garantir a ordem pública. Os objetivos específicos deste artigo é estudar as modalidades de prisão do direito penal brasileiro, abordar a garantia da ordem pública, expor a história das prisões e, discorrer sobre a prisão cautelar.

A prisão preventiva é um assunto bastante delicado, para ser aplicada, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, deve-se existir prova material que confirme a conduta delitiva e que ajam indícios aceitáveis de

autoria.

Justifica-se como escolha do tema, a importância dessa espécie de prisão cautelar para se garantir o bom andamento do processo criminal e atender aos clamores da sociedade nas infrações penais que geram maior comoção e exigem uma resposta rápida por parte do Estado. Logo, percebe-se que se trata de uma linha tênue e no transcorrer de sua aplicação deve-se analisar as condições de aceitabilidade, com o fito de se evitar violações ao direito de liberdade e demais garantias fundamentais.

Sendo de suma importância para a Polícia Militar, como forma de conhecimento e esclarecimento de todos os aspectos da espécie de prisão estudada, tornando-se fundamental para gerar discussões e entendimentos sobre o assunto e ajudar na construção de um conceito de excepcionalidade em relação à prisão preventiva, isto é, por se tratar de uma situação extremamente delicada a medida deve ser aplicada de maneira excepcional.

Considerando os objetivos propostos neste artigo, a metodologia utilizada para a confecção deste consiste em pesquisas bibliográficas, coletando dados através de livros de autores conhecidos da área do Direito Penal, jurisprudências, bem como as leis pertinentes ao assunto e, fundamentando, principalmente, no artigo 312 do Código de Processo Penal. Serão utilizadas também como fonte de levantamento de dados, artigos e periódicos disponíveis em sites de internet, monografias de outros autores entre outros recursos de pesquisa.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 PROCESSO EVOLUTIVO DAS PRISÕES E DAS PENAS

As penas passaram por um variado processo evolutivo, saindo de penas cruéis cujo objetivo era a vigilância e a punição, até chegar na realidade de hoje tendo como principal objetivo a ressocialização do indivíduo após o cumprimento de sua pena.

O poder era exercido através da força física, da dor. Destacava-se o ritual do suplício, uma produção diferenciada do sofrimento, da marcação das vítimas e da manifestação do poder de punir, tratava-se de um ritual público de dominação do

terror, usado como principal forma de punição durante toda a idade média e até o século XVIII.

O suplício é, no contexto da punição, a imagem invertida do poder do soberano cuja função jurídico-política reconstitui a soberania lesada no momento. A execução pública dos condenados, embora de maneira rápida e diária, se insere em todas as séries de grandes rituais relacionados ao poder (FOUCAULT, 1987, p. 45-46 apud SOUZA, 2010, p. 70).

O objetivo do suplício não era retribuir ao condenado o mal cometido a sociedade, mas a conservação e intensificação da força soberana.

O suplício tornou-se intolerável, considerando que representava um espelho invertido do poder real, onde o poder de punição era bastante criticado porque era além de excessivo, descontínuo (SOUZA, 2010, p. 70).

Com o tempo, os protestos contra o suplício e a favor da maior humanização das penas cresceram e generalizaram na segunda metade do século XVII, tornando-se necessário encontrar outra maneira de punir, evitando confronto entre o soberano e os súditos, partindo para ideias de isolamento prisional para aquele criminoso. No contexto histórico, existiam três sistemas penitenciários, o Pensilvânico, o Auburniano e, por fim, o Progressivo.

Segundo GOMES NETO (2000, p. 90-91) no Brasil, o sistema adotado era o Auburiano em que no ano de 1891 determinava o trabalho prisional em silêncio durante o dia e isolava o indivíduo durante a noite, partindo para um sistema progressivo de quatro estágios, o primeiro estágio era o regime pensilvânico ou celular, o segundo o regime auburniano, o terceiro estágio a prisão agrícola e, o quarto estágio o livramento condicional e no intervalo do Código de 1891 até 1984, ocorreram pequenas alterações juntamente com variadas propostas de soluções, porém não unificadas, considerando que cada estado possuía sua própria legislação que regulamentava o sistema de cumprimento penal, surge a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal na intenção de reduzir os problemas carcerários, ocorrendo uma alteração significativa no sistema penitenciário brasileiro, que ainda está em vigor.

2.2 A PRISÃO CAUTELAR E PRISÃO PENA

A prisão cautelar cujo próprio nome já explica, é a cautela, não é a prisão punitiva, é a prisão para se evitar que aquele determinado suspeito continue a praticar delitos. Muitas vezes, é uma necessidade, possuindo requisitos e com a reforma de 2011, todos os requisitos que envolvem as prisões cautelares, são basicamente os mesmos requisitos da prisão preventiva.

Para Nicolitt:

(...) A prisão cautelar é a maior forma de intervenção do Estado na esfera individual, já que a pena definitiva é uma privação da liberdade que resulta de um processo que atingiu sua plenitude com um juízo de certeza; é o resultado de um mero juízo de probabilidade, no mais das vezes antes mesmo da existência de uma acusação formal (NICOLITT, 2011).

A prisão cautelar é apenas provisória, tem por objeto apenas assegurar o desenvolvimento da investigação. Assim, conforme afirma Tourinho Filho (1979, p. 336) a prisão sem pena “nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal”.

A prisão cautelar poderá existir desde o começo das investigações até a sentença penal condenatória no trânsito em julgado, e nesse interim, todo tipo de prisão é considerado processual. Deste momento, do trânsito em julgado, da sentença penal condenatória até o final da execução da pena, se apresenta a prisão pena.

Cabe ressaltar que, a prisão pena leva em consideração o tempo em que o indivíduo ficou preso durante o processo, ou seja, a prisão cautelar será abatida no cumprimento da prisão pena. Quando se analisa as modalidades de prisão no direito penal brasileiro, faz-se necessário ter ciência de que essas medidas cautelares são consideradas instrumentos de uso excepcional e devem ser utilizadas com o fito de assegurar e proteger os devidos trâmites do processo penal e resguardar à incolumidade da sociedade.

2.4 A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar decretada pelo juiz durante as fases pré processual e processual sempre que existirem os motivos e

hipóteses autorizadoras. A prisão preventiva se dá durante toda a persecução processual, antes do trânsito em julgado.

Em relação à legitimidade da prisão preventiva, ela é decretada pelo órgão judicial competente. O que se extrai do conjunto normativo constitucional é que a regra é a liberdade e a prisão é a exceção, obrigando assim uma fundamentação para a prisão. Quando uma fundamentação de uma prisão cautelar é mencionada, é importante lembrar que a ela precisa ser tríplice, com fundamento jurídico, fático e, por último, uma fundamentação da necessidade da prisão.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade é ressaltado, possuindo três dimensões: a dimensão da adequação, a dimensão da necessidade e a dimensão da proporcionalidade em sentido estrito, todas aplicáveis à prisão preventiva. Em especial à segunda dimensão referida que diz respeito à necessidade.

Para Cruz (2006, p. 94):

A noção de proporcionalidade das medidas cautelares e, em particular, das que interferem na liberdade do indivíduo é de extrema importância para a própria possibilidade de convivência dessas medidas com a presunção de não-culpabilidade, não sendo raras as vozes que apontam a incompatibilidade desses institutos (CRUZ, 2006, p. 94).

O réu é presumido inocente enquanto não condenado definitivamente, logo para que aconteça uma prisão cautelar de um indivíduo sem violar o princípio constitucional da Presunção de Inocência é importante a fundamentação da necessidade dessa prisão.

Tal excepcionalidade advém do princípio da presunção de inocência, extraído da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que preceitua em seu art. 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

De acordo com Cruz (2006, p. 69-70) o princípio da presunção de inocência preserva a liberdade e a inocência do indivíduo acusado contra aquilo que está baseado em probabilidades, além de não impor ao acusado a prova de sua inocência, considerando que a responsabilidade de culpa-lo é do órgão acusador.

Existem duas modalidades de prisão preventiva, a prisão preventiva convertida e a prisão preventiva autônoma. A primeira é aquela que o juiz recebe o

auto de flagrante, não sendo caso de relaxamento, nem de liberdade provisória e então foi convertido o flagrante em prisão preventiva. A segunda é aquela em que o indivíduo não estava preso em flagrante.

O regime da prisão preventiva é fechado. A prisão preventiva é considerada uma medida necessária para que o processo em si se torne lícito e justo, considerando que no Estado Democrático de Direito, é importante respeitar a liberdade do indivíduo como também respeitar a lisura do processo em que ele responde.

Nesse sentido, admite-se que a prisão preventiva é uma medida de cunho cautelar, cuja finalidade é assegurar as garantias do processo que será adotado pelo Estado na árdua missão de comprovar a culpabilidade do sujeito. Pelo exposto, não há que se confundir tal cautela com aplicação de uma pena, haja vista não ter de fato uma decisão condenatória inapelável.

No artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou então para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver uma prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. Deixando claro que não se trata de qualquer crime, a prisão preventiva somente será admitida, de acordo com o artigo 313 do Código de Processo Penal, os crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. A prisão preventiva também será decretada se o crime envolver violência familiar contra mulheres, crianças, idosos, enfermos ou pessoa com deficiência para a garantia da execução das medidas protetivas de urgência, de acordo com o inciso III do artigo 313 (BRASIL, 1941).

O juiz somente poderá decretar a prisão preventiva com base em dois artigos, são eles o artigo 312 e o artigo 313 do Código de Processo Penal. O artigo 312 prevê os fundamentos e os requisitos da prisão preventiva, enquanto o artigo 313 traz as condições de admissibilidade da mesma.

O artigo 312 dispõe sobre as hipóteses cabíveis à prisão preventiva, sobre a necessidade do requisito e do fundamento, da medida extrema de restrição de liberdade e também prevê a possibilidade de decreto da prisão cautelar como garantia da ordem pública e da ordem econômica (WEDY, 2013).

Para que seja decretada a aplicação de alguma dessas medidas, em especial a preventiva, faz-se necessário à ocorrência de um fato que

seja visivelmente punível. Consoante ao pensamento extraído do Código de Processo Penal, para que a prisão preventiva seja decretada é preciso que haja coexistência do *fumus commissi delicti* (indícios da prática de um crime e de sua autoria) e do *periculum libertatis* (risco da liberdade), que justifiquem a aplicação do cárcere cautelar.

Primeiramente são observados os requisitos relativos à prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria ou a aparência do crime, equivalente ao processo cautelar que deve estar presente em qualquer espécie de prisão cautelar como um verdadeiro requisito da decretação da referida medida (OLIVEIRA, 2009, p. 450-451).

A decisão à qual fundamenta o processo de decretação da prisão preventiva será de responsabilidade de um juiz e acontecerá durante o inquérito policial ou processo criminal.

Na concepção de Távora (2016, p. 572):

A necessidade de fundamentação de toda e qualquer decisão judicial é decorrência direta do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, ao asseverar: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. A fundamentação, entretanto, exige mais do que a mera repetição do texto legal. Nada impede que a motivação seja concisa, desde que bem articulada. Todavia, é essencial explicitar quais as razões que justificam a medida, permitindo o enquadramento em uma das hipóteses de decretação, sob pena de patente ilegalidade, ensejando o relaxamento prisional. (TÁVORA, 2016, p. 572).

Nesses casos, o magistrado pode atuar de ofício (se no curso da ação penal), a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente ou por representação da autoridade policial, em decorrência da existência dos pressupostos legais. No que tange à decisão fundamentada, cabe destacar que toda deliberação deve ter, obrigatoriamente, sua fundamentação legal.

2.5 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O objeto da prisão preventiva é a garantia de um desenvolvimento normal do processo na intenção de resultar numa aplicação eficaz da pena, além de proteger a ordem pública e econômica. A Constituição Federal admite, como

exceção, a privação de liberdade antes do trânsito julgado, entretanto a prisão se apresenta como excepcionalidade, devendo ser considerada diante de alguns requisitos que se explicitam na hipótese da prisão preventiva (WEDY, 2013).

O conceito de ordem pública não existe na legislação nem consolidado na jurisprudência, nos precedentes, sobretudo, nos tribunais superiores. O termo “ordem pública” é uma expressão aberta, existindo uma lacuna de definição que faz com que seja dificilmente compatível com a base constitucional e convencional do processo penal, considerando que não existem contornos legais, e no contexto do Processo Penal contemporâneo, entre vários de seus aspectos, não é admissível a imposição de medidas restritivas de liberdade, sejam atuadas pelo legislador uma forma legal genérica.

Para Lopes Junior (2015) “trata-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e desprovido de qualquer referencial semântico”.

Entretanto, Nucci (2013, p. 670) define a ordem pública como a interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. A expressão traz um entendimento de manutenção da ordem na sociedade, que quando acontece um crime é afetada.

A prisão preventiva poderá ser decretada quando existirem a existência de crimes e indícios suficientes de autoria, além de razões de que o então acusado crie obstáculos no decorrer do processo ou venha a praticar crimes relacionados ao crime organizado, que afetem a ordem pública, econômica ou financeira, ou por violência ou grave ameaça à alguém (BRASILEIRO, 2012, p. 905-906).

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Ao analisar o fundamento de garantir a ordem pública para decretação da prisão preventiva, os resultados apontam que ele seja o primeiro requisito estabelecido no artigo 312 do Código de Processo Penal, se não o principal para a adoção da prisão cautelar estudada neste artigo, sendo cabível na maioria dos casos.

Atualmente, a jurisprudência aceita a prisão para o estabelecimento da ordem pública, pela reiteração delitiva, em geral conjugada com a gravidade do crime, entretanto, os Tribunais Superiores rejeitam a prisão do indivíduo pela

gravidade do crime, quando este é o único argumento lançado na decisão (WEDY, 2013).

Desde que a prisão tornou-se uma excepcionalidade, os fundamentos para prender um indivíduo confere num desafio, considerando a análise de todos eles, estipulados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

A ordem pública é um conceito jurídico indefinido, entretanto supõe que o acusado possa voltar ou continuar a praticar atos ilícitos caso permaneça em liberdade, o que justifica o fundamento de garantia a ordem pública e econômica.

De acordo com Bayley (2002, p. 17) a preservação da ordem pública é dever do governo, considerando que a ordem a que se refere funciona como uma identificação da existência do próprio governo.

A garantia da ordem pública é também uma responsabilidade da Polícia Militar que aliada à prisão preventiva atua de modo que fiscaliza as medidas cautelares estipuladas pelo juiz, que quando desrespeitadas é aplicada a prisão preventiva, conforme artigo 282 do Código de Processo Penal explica em seus parágrafos.

Antes da existência da Constituição Federal de 1988, o sentido de ordem era apenas o contrário de desordem. Assim, a Constituição Federal traz um melhor entendimento sobre o que de fato seria a ordem, considerando que se refere a um afastamento de perigos que coloquem em risco o exercício de todos os direitos dos cidadãos brasileiros elencados por ela.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a pesquisa, conclui-se que os princípios constitucionais, as garantias penais são fundamentais para um bom desenvolvimento do processo, sendo necessária a análise de cada lei de acordo com o seu princípio correspondente, para saber se poderá ser aplicada ou não.

Assim, acontece também com as prisões preventivas, ou seja, é de suma importância que se realize uma análise de todos os requisitos para que ela seja decretada, tendo como o primeiro fundamento a garantia da ordem pública.

Os princípios e garantias se referem a proteções, considerando que o Estado impõe ao cidadão seus comportamentos adequados, punindo-o quando necessário, respeitando os princípios e garantias do cidadão. Eles existem para que

o cidadão conheça seus direitos e utilize-os quando necessário. Entretanto, os princípios e garantias também são utilizados não apenas para proteger o cidadão do Estado, mas para proteger também o cidadão de outro cidadão, é onde se insere a prisão preventiva.

A prisão é a chamada última instância, é aquilo que vai acontecer se o indivíduo fizer algo muito grave, considerando que a liberdade é a regra. Assim, não é possível afirmar antes da sentença condenatória se aquele indivíduo é perigoso para sociedade ou não, por isso existem as prisões cautelares e seus requisitos de aplicação.

Na análise deste indivíduo são colocados dois pontos contrários, onde um diz que a liberdade é a regra e o outro diz que a sociedade precisa ser protegida. Esse é o grande problema, considerando que atualmente o poder estatal não consegue suprir todas as expectativas da sociedade em relação às prisões e punições de criminosos, gerando assim uma revolta e, diversas vezes fazendo-os cometer a chamada “justiça com as próprias mãos”, uma vez que não sabem se protegem a sociedade, ou se prende o criminoso, impedindo-o de causar danos a ela.

REFERÊNCIAS

BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento: Uma Análise Internacional Comparativa**. 2ª Edição. Tradução: Renê Alexandre Belmonte. São Paulo: EDUSP, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em maio de 2018.

BRASILEIRO, Renato. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES NETO, Pedro Rates. **A Prisão e o Sistema Penitenciário: Uma Visão Histórica**. Canoas: Editora ULBRA, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403 /2011: O Novo Processo Penal Cautelar – A Prisão e as Demais Medidas Cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Luis Antônio Francisco de. **Sociologia da Violência e do Controle Social**. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2010.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 5ª Edição. V. 3. São Paulo: Jolovi, 1979.