



## A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTAÇÃO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

SCHNEIDER, Débora<sup>1</sup>; DURIGON, Luís Gustavo<sup>2</sup>

### Resumo

A prisão preventiva consiste em medida cautelar utilizada de modo e em quantidade significativa no sistema penal brasileiro. A prisão decretada com base na manutenção da ordem pública é analisada e utilizada de maneiras distintas, dependendo sua fundamentação da subjetividade permitida ao julgador por intermédio da discricionariedade normativa advinda do conceito que, exatamente por ser considerado vago, permite sua aplicação em grande escala. A presente pesquisa científica, formada por meio de revisão bibliográfica, utilizando-se, para tanto, o método indutivo, analisa a insegurança jurídica gerada, justificada pela vagalidade da expressão "ordem pública", que ampara segregação antes da aferição da culpa de modo indeterminado, o que se justifica, para muitos, pela necessidade de proteção de direitos de âmbito coletivo, como a segurança pública. A vulgarização da prisão preventiva nela fundamentada é tema de expressivo debate entre doutrinadores e demais operadores do Direito, dada a inobservância de princípios constitucionalmente garantidos, assim como a segurança na qual se baseia a limitação normativa do poder-punir.

Palavras-Chave: Prisão Preventiva. Ordem Pública. Discricionariedade. Segurança.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – [deborasschneider@hotmail.com](mailto:deborasschneider@hotmail.com)

<sup>2</sup> Professor do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta, Doutorando em Ciências Criminais/PUC-RS – [durigonlg@gmail.com](mailto:durigonlg@gmail.com)



## Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo o estudo e análise do instituto da prisão preventiva, quando decretada com fundamento na necessidade de garantia da chamada “ordem pública”.

Para tanto, será traçado indicativo quanto à utilização do termo “ordem pública” em todo o ordenamento normativo atual, por intermédio de análise de seu emprego nos mais diversos diplomas legais, ultrapassando-se, com isso, o campo analítico do processo penal.

No mesmo contexto, perfar-se-á análise da estrutura das normas jurídicas, como um todo, com especial enfoque às normas de conceito indeterminado ou vago, que são estudadas e delimitadas pelos métodos hermenêuticos, que possuem especial relevo quando da aplicação do termo “ordem pública” no campo da prisão preventiva e sua interpretação frente aos mais importantes princípios constitucionais.

## Revisão de Literatura

A presente pesquisa acadêmica é direcionada à análise da prisão preventiva, espécie de medida cautelar da qual é gênero a prisão provisória – também chamada de prisão cautelar ou prisão processual –, especificamente em sua hipótese de decretação em razão da chamada “ordem pública”.

O Estado, enquanto responsável pela guarda e efetivação dos direitos garantidos constitucionalmente, utiliza, há séculos, do cerceamento da liberdade daqueles que, de alguma forma, se mostram ineptos ao convívio social, objetivando a satisfação dos interesses coletivos e de ordem pública.

Estima-se que a privação de liberdade como meio de defesa de interesses próprios seja tão antiga quanto à ideia do homem enquanto indivíduo isolado, alheio às regras de comportamento e regramento social.

Nos dias atuais – mais nitidamente após o advento da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011 -, mostra-se a prisão sem pena como instituto a ser utilizado excepcionalmente, afirmando-se a ideia de sua aplicação em *ultima ratio* (última razão), visto ser a medida a ser utilizada em consonância com o princípio penal da intervenção mínima.



O sistema normativo pátrio, em especial o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941, com entrada em vigor na data de 01 de janeiro de 1942), empenha-se, em contínuo, porém muitas vezes ineficaz, esforço, na tentativa de se adaptar às disposições e premissas constitucionais, alinhadamente ao crescimento e evolução dos anseios sociais.

Em 04 de julho de 2011 entrou em vigor a Lei 11.403, de 04 de maio do mesmo ano, alterando significativamente o cenário do procedimento cautelar no âmbito processual penal.

Desde a referida data, as matérias referentes às prisões cautelares, também chamadas de prisões processuais ou prisões sem pena, bem como as possibilidades de liberdade provisória com ou sem fiança são tratadas de forma inédita, amparadas, ainda, pela criação das chamadas medidas cautelares diversas.

O atual artigo 282 do Código de Processo Penal, que dá início ao Título IX do Diploma Legal, intitulado “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”, embasa as premissas amparadoras da utilização do procedimento cautelar processual penal: o binômio *necessidade e adequação*.

Independentemente da espécie intitulada à ação estatal de restrição provisória, devem-se fazer presentes os requisitos autorizadores à medida cautelar. Sobre esses, explana Dalabrida:

Toda medida cautelar está subordinada ao atendimento de dois requisitos básicos, sem os quais se tem como inadmissível qualquer antecipação do resultado final. Trata-se do *fumus boni juris (fumus commissi delicti)* e *periculum in mora (periculum libertatis)*. (DALABRIDA, 2009, p. 54).

Presentes os requisitos que amparam a pretensão estatal em limitar direitos individuais daqueles apontados como delinquentes antes de aferição de culpa, a restrição será admissível, seja por intermédio da prisão provisória, seja pela adoção de medida cautelar diversa, desde que preenchidas, ainda, as exigências específicas previstas pelo Código de Processo Penal.

Apontando para a extensão dos efeitos e consequências frente aos reais motivos ensejadores da medida cautelar, que deve ser analisada em caráter de excepcionalidade, assevera Dabrida, parafraseando Ada Pellegrini:



A medida cautelar que mais intensamente implica a restrição do direito fundamental à liberdade, atingindo a dignidade do suspeito ou acusado, sem dúvida, é a prisão provisória, cautelar ou processual, cujo objetivo não é a punição, *"mas constitui instrumento para a realização do processo ou para a garantia de seus resultados."* (PELLEGRINI, apud, DALABRIDA, 2009, p. 57).

Como afirma o referido autor, a prisão provisória, por intermédio de qualquer de suas modalidades, restringe direitos e garantias constitucionalmente assegurados, mais nitidamente o direito de ir e vir. Por esta razão, deve ser vista em caráter excepcional, ou seja, deve ser instrumento utilizado com ressalvas, quando, por nenhum outro modo, puder o ordenamento jurídico garantir as medidas buscadas pela segregação antecipada.

A nova redação dada ao artigo 283 do Código de Processo Penal indica, de modo taxativo, diferentemente do texto anteriormente editado no artigo 282 do mesmo Diploma, que disciplinava a matéria, as modalidades admitidas como prisão sem pena.

Ao delimitar as hipóteses às prisões em flagrante delito, temporária e preventiva, excluiu de sua redação normativa as prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível e de sentença de pronúncia, ambas alvos de inúmeras críticas em razão de suas incompatibilidades constitucionais.

Dentre todas as espécies de prisão provisória, a prisão preventiva é a que se mostra de maior importância nos dias atuais. Sua larga utilização e aplicabilidade prática dão ensejo à grande discussão doutrinária e jurisprudencial.

Sendo medida restritiva de liberdade, *"embora seja necessária, não é menor a necessidade de ser ela restringida, limitando-se aos casos indispensáveis."* (TOURINHO FILHO, 2009, p. 623). Como se posiciona o doutrinador, o uso da prisão preventiva se mostra como medida extrema, visto comprometer, entre outros, o direito de liberdade do investigado/acusado, sem culpa formada.

Ainda explanando acerca da excepcionalidade da medida, continua Tourinho Filho:

Por isso mesmo, entre nós, a prisão preventiva somente poderá ser decretada dentro daquele mínimo indispensável, por ser de incontestável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e condições, evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 623)



No mesmo sentido, atentando-se à necessidade de previsibilidade e adequação da medida às hipóteses legais, mediante análise e constatação de suas condições e pressupostos, leciona Kato:

Questão que se torna indispensável nesta reflexão relaciona-se ao princípio da legalidade, que, na cautelar, deve se limitar à existência legal da constrição provisória deve se limitar à existência legal da constrição provisória da liberdade de forma taxativa quanto aos seus requisitos. (...) Portanto, afirmamos mais uma vez a admissibilidade do poder geral de cautela do juiz tão-somente sobre a valoração da existência dos pressupostos e dos requisitos legais, o que, por conseguinte, afasta qualquer tipo de prisão automatizada ou arbitrária. (KATO, 2005, p. 116)

Para a autora, a existência positivada da hipótese de segregação cautelar e de seus requisitos, contorno do princípio da legalidade, ampara o poder geral de cautela constituído aos julgadores, quando da apreciação dos mesmos e afasta a decretação de prisão arbitrária.

Para Marques, "são pressupostos da prisão preventiva: a) a natureza do crime; b) a probabilidade de condenação; c) o *periculum in mora*; d) o controle jurisdicional prévio.". (1998, p. 58)

Poderá ser decretada a prisão preventiva quando presentes os requisitos autorizadores expressamente previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Assim sendo, caberá a medida restritiva de liberdade cautelar para garantia da ordem pública (objeto específico do presente estudo), da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, devendo haver, em qualquer das hipóteses, comprovação quanto à materialidade do crime e indícios suficientes de autoria.

A Lei 12.403/2011 incluiu no referido artigo o parágrafo único, indicando que "a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares." (SARAIVA, 2011, p. 643).

A adoção da medida frente à garantia da ordem pública configura a primeira hipótese expressa no Código de Processo Penal e, em razão das inúmeras críticas e questionamentos doutrinários e jurisprudenciais em razão da indeterminação do conceito jurídico da expressão, coloca em risco e em evidência os fundamentos e a adoção da prisão cautelar.



Em análise ao ordenamento jurídico ora vigente no Brasil, verifica-se que, não raras vezes, o termo "ordem pública" é utilizado pelo legislador como escopo ou amparo às premissas legais nas mais diversas áreas do Direito. Com efeito, a ordem pública serviu, ao longo dos tempos, como fundamento de construção de políticas públicas e elemento ensejador do controle estatal, vista como essencial para a manutenção e delimitação dos objetivos definidores do poder do Estado.

Para Aury (2004, p. 205), a expressão é originária da Alemanha, no período nazista (1939 a 1945). Os estudos acerca do período de demonstração do poder do nazismo, apontam como sendo a ordem pública a fundamentação utilizada por Adolf Hitler para dar início e execução à perseguição aos grupos minoritários considerados indesejados - tais como Testemunhas de Jeová, eslavos, poloneses, ciganos, homossexuais, deficientes físicos e mentais, e judeus. Durante o holocausto, Hitler apostou no apelo popular por meio de um regime baseado no lema "lei e ordem".

Hitler e a ordem pública possuem, ainda, outra ligação: o ditador, à época quase desconhecido, foi condenado à pena de 03 (três) meses de prisão por perturbação à ordem pública, no ano de 1922.

Todavia, a expressão foi primeiramente utilizada, em nosso ordenamento jurídico, no texto constitucional de 1891 em seu artigo 72, que limitava a intervenção da polícia no direito de associação e reunião aos casos que apontassem para a necessidade de manutenção da ordem pública (SOUZA, 2008, p. 15).

Em que pese sua caracterização no campo processual penal se mostre em maior evidência, visto a gravidade das conseqüências acarretadas por seu uso, bem como pelo fato de ser utilizada como fundamento para a tomada de medidas, como é o caso da prisão preventiva, a ordem pública constitui elemento normativo não só nas legislações infraconstitucionais, mas também nas de cunho supralegal e na própria Constituição Federal de 1988.

Observa-se, do estudo sistemático do uso do termo, que a ordem pública é significativamente utilizada pelo legislador, na maioria das vezes como elemento limitador ou condicionador de direitos e garantias garantidas constitucionalmente. Mostra-se a ordem pública, assim, como expressão de significado importante e expressivo.

Todavia, ainda que utilizada em larga escala, seu conceito se mostra



controverso, não havendo definição jurídica a respeito de seu significado, motivo pelo qual discuti-se sua aplicabilidade, bem como se dá ensejo às discussões acerca das indeterminações das normas e da necessidade de segurança jurídica, no Estado Democrático de Direito.

A discricionariedade, inafastável em determinados casos, traz à baila análise da estrutura normativa angariada ao longo dos tempos, formadora do contexto das normas jurídicas atualmente vigentes, que devem servir, mesmo que nas situações nas quais não seja possível a conceituação de determinado dispositivo ou parte dele, como ponto de partida e caminho a ser seguido para utilização daquela.

Sobre o universo das normas, o filósofo Bobbio perfaz estudo crítico sobre a experiência jurídica e a experiência normativa, afirmando:

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade estamos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. (...) E, por isso, um dos primeiros resultados do estudo do direito é o de nos tornar conscientes da importância do "normativo" na nossa existência individual e social. (BOBBIO, 2008, p. 24)

Em sua análise sobre as normas e o ordenamento jurídico, aponta a caracterização das regras de conduta existentes na sociedade como um todo, que a estruturam e delimitam as ações e liberdades dos indivíduos que dela são formadores.

A problemática de interpretação das normas positivadas se encontra na existência de conceitos jurídicos indeterminados e de normas abertas.

As normas abertas são conceituadas como aquelas que apresentam definição genérica, permissiva à interpretação de grande amplitude por parte do julgador, que poderá se valer de acepções diversas. Não permitem aplicação imediata, já que exigem normatização infraconstitucional para apresentar sentido.

Estando atreladas à norma que lhes dê aplicabilidade, assemelham-se ao conceito das "normas penais em branco". A disciplina de seus significados, competente à regra complementar de nível igual ou superior, deve atribuir-lhes conceito exposto, para que, assim, possam ganhar efetividade na prestação jurisdicional nelas fundamentada (BUONAVITA, 2008, p. 6).

As normas de conceito jurídico indeterminado, de modo similar às normas abertas, são entendidas como dispositivos vagos, que possibilitam ampla



interpretação discricionária ao julgador, não dependendo, ao contrário do que ocorre com estas últimas, da edição de outra norma.

O conceito jurídico indeterminado cria lacunas no ordenamento jurídico, gerando dúvidas acerca de qual seria a interpretação correta a ser empregada ao texto normativo, o que, dada a incerteza de seu contexto semântico, origina insegurança jurídica.

Sem o objetivo de se adentrar no mérito dos métodos, em espécie, de interpretações hermenêuticas, salienta-se que o trabalho de interpretação, no caso feito pelo julgador, deve criar sentido à norma jurídica, tornando-a concreta e adequada à utilização e em conformidade com o restante do ordenamento jurídico. Sobre o papel da hermenêutica no campo das normas genéricas, destaca-se:

Portanto, é somente pelo trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos – no qual se fundem, necessariamente, a *compreensão*, a *interpretação* e a *aplicação* dos modelos jurídicos -, que se viabiliza a ordenação *jurídico-normativa* da vida social, porque é no ato e no momento da *individualização* da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir. (MENDES, 2008, p. 67)

Na língua portuguesa, “ordem” significa “disposição conveniente dos meios para se obterem os fins” (FERREIRA, 2008). Ao termo “ordem pública”, em consonância, é atribuído o seguinte significado:

conjunto de instituições e preceitos coagentes destinados a manter o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre particulares, e cuja aplicação não pode, em princípio, ser objeto de acordo ou convenção. (FERREIRA, 2008)

Em que pese se possa delimitar o significado da expressão em termos de linguística, o termo não se apresenta em consonância com os ditames da segurança jurídica e objetividade do ordenamento, visto que sua utilização é baseada tão somente na interpretação subjetiva extraída dela pelo julgador.

A prisão preventiva consiste em medida cautelar utilizada de modo e em quantidade significativa no sistema penal brasileiro. A prisão decretada com base na garantia da ordem pública é analisada e utilizada de maneiras distintas, dependendo sua fundamentação da subjetividade permitida ao julgador através da



discricionariedade normativa advinda do conceito que, exatamente por ser considerado vago, permite sua aplicação em grande escala.

A limitação dos direitos e garantias individuais frente à necessidade de preservação dos chamados direitos coletivos enseja na reflexão a respeito da dicotomia existente entre a efetividade dos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e a necessidade de limitação destes frente à inafastabilidade de normas sociais que, em razão da ineficiência estatal, não são por outro meio efetivadas.

As críticas são aludidas, mais expressivamente, em razão da não determinação do significado da expressão "ordem pública". Para alguns doutrinadores, como Dalabrida, a expressão não remete quem a analisa a um significado ou sentido lógico, deixando sua interpretação e utilização a cargo da subjetividade e entendimento de cada julgador:

A jurisprudência, que embora já passados cinquenta anos da vigência do Código de Processo Penal, ainda não conseguiu construir linhas valorativas para delimitar a idéia de ordem pública, vem sufragando este entendimento, aproximando o conceito de ordem pública com a credibilidade de Justiça, com a obstacularização da trajetória delinquencial, com a potencialidade lesiva do crime ou mesmo com a própria segurança do acusado. Porém, a idéia de ordem pública, constitui um recurso retórico utilizado com o propósito de superar os limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, com o que se propicia ao magistrado um amplo poder discricionário. (DALABRIDA, 2009, p. 96).

Para os supramencionados doutrinadores, o ordenamento jurídico vigente não permite o uso de expressões classificadas como de "conceito vago". Seguindo este pensamento, é inconstitucional a margem de liberdade e discricionariedade dada aos magistrados quando da análise do significado e modo de aplicação da prisão preventiva.

A prisão preventiva amparada na garantia da ordem pública acaba por permitir ao julgador amparar sua fundamentação em elementos ilimitados. Tal circunstância permite que o indiciado/acusado seja segregado provisoriamente a depender da subjetividade daquele, que pode adotar o termo vago para satisfazer entendimento pessoal. Quanto ao juízo de valor posto em prática pelos magistrados ao decretar a prisão preventiva, utilizando-se da ordem pública para tanto, afirma Kato, citando Warat:



Cuida-se, no dizer de Warat, “de uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos; assim, quando o legislador a utiliza está autorizando os juízes a emitirem, em suas sentenças, definições persuasivas que, sob a aparência de definições empíricas, encobrem juízos de valor à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social.”. (WARAT, apud, KATO, 2005, p. 118)

Muitas são as fundamentações que dão amparo à decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. As que recebem maior destaque são aquelas adotadas em razão do clamor público, dos antecedentes/periculosidade do agente, da gravidade do delito, da reiteração de prática criminosa e da necessidade de proteção do próprio indiciado/acusado.

Possibilitando que a medida seja adotada em casos não taxativamente previstos em lei, o legislador acaba por permitir que qualquer circunstância, desde que se mostre alusiva aos interesses do Estado, seja capaz de restringir a liberdade de locomoção – direito individual fundamental – antes mesmo da aferição de culpa.

A privação da liberdade, restrição ao direito fundamental da liberdade de locomoção, no delinear do atual sistema normativo, justifica-se em razão do coletivo, ou seja, a restrição ao direito individual se justifica pela necessidade de proteção de direitos coletivos, tais como a segurança e, mais nitidamente, da feição externa do Poder Judiciário.

Em nome dos chamados direitos coletivos, o direito fundamental de locomoção é limitado pelo legislador infraconstitucional. No caso da prisão preventiva para garantia da ordem pública, tal limitação se faz, para muitos autores, como Aury Lopes Jr., entre outros, sem observância aos princípios constitucionais garantidores de direitos individuais, deixados de lado em prol da coletividade.

Sobre a aparente supremacia dos direitos da sociedade, vista em coletividade, sobre os direitos do indivíduo, leciona Aury:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente à “supremacia” do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público-privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. (LOPES JR., 2011, p. 11)



Afirma o autor que os direitos individuais, em especial os destinados ao réu, não devem ser superados por aparentes direitos coletivos. Leciona, lembrando que os direitos fundamentais individuais são ferramentas constitucionalmente garantidas contra o abuso de poder, que os direitos discutidos, em especial na relação processual, ultrapassam a esfera privada, constituindo-se, por seus caracteres de cunho fundamental, em direitos públicos:

Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, “público”, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal. (LOPES JR., 2011, p. 11)

Dentre tantos princípios, os que se mostram em maior evidência frente aos estudos acerca da medida são: princípio da culpabilidade, princípio da ofensividade, princípio da humanidade, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da presunção da inocência, princípio da legalidade e princípio da proporcionalidade.

Em que pese estas e inúmeras outras sejam as críticas direcionadas à medida, destacada corrente doutrinária defende seu uso e decretação.

Souza, atentando para o importante papel do Poder Judiciário para efetivação das garantias sociais, diante da primazia dos interesses públicos frente aos individuais, leciona:

Ainda que sob uma perspectiva contemporânea do panóptico, calcada num Estado Democrático de Direito, a prisão continua a exercer duas funções: punir (reprimir) o infrator e vigiá-lo (prevenir), assumindo, com isso, papel de destaque nas atuais políticas de segurança pública. Nesse contexto, também se insere a prisão provisória, ganhando espaço no campo da repressão e da prevenção, contribuindo como instrumento para a manutenção, ainda que de forma injusta ou inconstitucional, da ordem pública em prol da segurança da coletividade. (SOUZA, 2008, p. 42).

Aponta o referido autor para a necessidade de mecanismos capazes de garantir os direitos sociais previstos pela Constituição Federal. Entende que, embora a prisão possa ferir direitos e garantias individuais, a medida é justificada pela supremacia dos interesses públicos.

Neste sentido também caminha o entendimento de Varalda:



É possível vislumbrar a restrição do princípio da presunção de inocência em face da prevalência do direito à segurança pública, predomínio do interesse público sobre o privado, considerada como uma limitação não expressamente autorizada pela Constituição. Por certo, a prevalência do interesse público (segurança pública) restrição a direito fundamental não deve ultrapassar as justas exigências limitadas ao fim preconizado por lei. (VARALDA, 2007, p. 201).

E continua, explanando acerca do papel do Direito Penal nas políticas de segurança pública e combate à criminalidade:

Quando se exige a prevalência do interesse público e a relativização do princípio da presunção de inocência através da análise de critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade dos atos, está se buscando um aumento da capacidade funcional do Direito Penal para a obtenção de meios e instrumentos mais eficazes de combate à criminalidade complexa, sem abandonar direitos fundamentais, historicamente conquistados. Outra não foi a opção do constituinte português de 1976 e do constituinte brasileiro de 1988, ao dar prevalência ao interesse social (*jus puniendi*) quando possibilitou o ingresso em residência, sem consentimento do morador, na hipótese de flagrante delito. (VARALDA, 2007, p. 202).

Sob tais argumentos, parte da doutrina entende que a prisão preventiva para garantia da ordem pública, embora fundada em termo que indeterminado, é necessária ao bom andamento da segurança e paz sociais, visto que, mesmo que restringindo direitos individuais fundamentalmente garantidos, segrega aquele que, em razão da prática do crime, violou normas de convívio coletivo. Assim, a supremacia do interesse coletivo se faria evidente.

### **Metodologia e/ou Material e Métodos**

O presente trabalho tem por base a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, para a qual foram utilizadas doutrinas atualizadas, legislação, artigos e comentários acerca do assunto, caracterizando-se, para tanto, o método dedutivo.

### **Resultados e Discussões**

A prisão preventiva, quando amparada na ordem pública, possibilita o surgimento de críticas quanto à sua contrariedade à Constituição Federal, em razão de limitar direitos fundamentais individuais indisponíveis.



Ainda que existentes as críticas - em grande peso, diga-se -, para alguns a medida se mostra amparada pelo sistema jurídico pátrio, frente à necessidade de observância da supremacia dos direitos de cunho coletivo.

## Conclusão

Com a presente pesquisa, fez-se possível observar que a prisão preventiva, com fundamentação na ordem pública, de fato, é objeto de severas críticas doutrinárias, dada sua indeterminação semântica no campo normativo.

Em que pese tenha o sistema processual penal percorrido por recente mudança, com o advento da Lei n. 12.403, de 29 de junho de 2011, que alterou as disposições referentes às prisões cautelares e criou as chamadas medidas alternativas, a prisão preventiva permaneceu, em grande parte, inalterada, optando o legislador por conservar as hipóteses permissivas à decretação do instituto.

As críticas, mais expressivamente, se posicionam frente à indeterminação semântica do termo, que acaba por gerar significativa insegurança jurídica, dada as ilimitadas hipóteses de incidência e de fundamentação, já que, exatamente em razão da vagalidade, o julgador possui grande margem de discricionariedade.

Pode-se concluir que a prisão preventiva, quando assim fundamentada, é decretada, na grande maioria das vezes, em razão do clamor público, dos antecedentes/periculosidade do agente, da gravidade do delito, da reiteração de prática criminosa e da necessidade de proteção do próprio indiciado/acusado.

Em que pese ambas as hipóteses utilizadas aparentem legitimidade, dada a afirmada supremacia dos direitos coletivos frente aos direitos de ordem individual, nenhuma deve, isoladamente, servir como base à decretação da medida, sendo necessária, para tanto, a implementação dos requisitos genéricos, tais como o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*.

A supremacia dos direitos coletivos, tais como segurança pública, embora de extrema relevância, em determinados casos, como na decretação da prisão preventiva com fundamentação na garantia da ordem pública, deve ser preponderada, frente à inconstitucionalidade da limitação desproporcional de direitos de cunho individual.



## Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4 ed. Bauru: Editora Edipro, 2008.

BUONAVITA, Paula Gondim Furtado. **Conceito Jurídico Indeterminado e Norma Aberta: A (Aparente) Discricionabilidade do Juiz**. Disponível em: <[http://www.facs.br/revistajuridica/edicao\\_setembro2008/discente/dis3.doc](http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_setembro2008/discente/dis3.doc)>. Acesso em: 11 de setembro de 2011.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: Uma Análise à Luz do Garantismo Penal**. 1 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio**. 4 ed. Disponível em: <<http://dicionario.mp.rs.gov.br/Aurelio/>>. Acesso em: 04 de outubro de 2011.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1 ed. Campinas: Editora Bookseller, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança Jurídica e Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Vade Mecum**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência**. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.