

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNDB
CURSO DE DIREITO

IVO MÁRCIO PEREIRA LAGO

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA
COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

São Luís

2021

IVO MÁRCIO PEREIRA LAGO

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA
COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário UNDB como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia

São Luís

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Lago, Ivo Márcio Pereira

Da inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva como fundamento na garantia da ordem pública. / Ivo Márcio Pereira Lago.

— São Luís, 2021.

82 f.

Orientador: Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. Prisão preventiva. 2. Garantia da ordem pública. 3. Medida cautelar. 4. Inconstitucionalidade. I. Título.

CDU 343.852

IVO MÁRCIO PEREIRA LAGO

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA
COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário UNDB como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 10/12/2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia (Orientador)

Prof. Esp. Alan Jeffeson Lima de Moraes

Prof. Me. João Carlos da Cunha Moura

À minha família, que sempre foi e continua sendo a minha base e minha fonte de inspiração diária.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e aos meus irmãos pelo apoio, incentivo e suporte durante toda minha vida, incluindo a trajetória acadêmica.

À minha namorada pela cumplicidade e auxílio durante toda a fase de elaboração do trabalho.

Aos meus amigos e colegas de turma pelos cinco anos de sala de aula. Confesso que sem esses laços profundos de amizade que foram criados a passagem pela Universidade não seria tão marcante para a minha vida.

Ao meu orientador pelo compromisso e dedicação em me ajudar durante toda elaboração desta produção e por ter me incentivado a buscar sempre o melhor.

E a todos que de forma direta ou indireta fizeram parte da minha formação acadêmica.

“O ingênuo acredita em tudo que se diz; o prudente vigia seus próprios passos.”

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise acerca da inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Dentre os 4 fundamentos dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal que possibilitam a decretação dessa medida cautelar, levando em consideração que se trata de um termo vago, impreciso e indeterminado, o fundamento garantia da ordem pública se tornou o mais utilizado pelo Poder Judiciário. Diante disso, no decorrer da pesquisa, foram encontradas algumas incompatibilidades entre a função da prisão cautelar e a forma como vem sendo utilizado o instituto pelos magistrados. Sendo assim, a pesquisa buscou abordar os diferentes conceitos utilizados pelos magistrados a respeito do que é ordem pública, discutir acerca da função da prisão preventiva e sobre a possibilidade dessa estar sendo utilizada para cumprimento de pena e não como medida cautelar, além de verificar de que forma a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública pode afrontar os princípios constitucionais e processuais penais. De acordo com todo o exposto, foi possível constatar que há uma maleabilidade conceitual do instituto que é prejudicial ao acusado e, ao final da pesquisa, foi possível chegar a duas formas diferentes de solucionar essa problemática. O estudo, portanto, baseou-se em uma pesquisa teórico-bibliográfica, que se deu mediante levantamento bibliográfico com respaldo em renomados autores, utilização de entendimentos divergentes de diversos doutrinadores, precedentes jurisprudenciais, artigos científicos e revistas jurídicas.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Medida Cautelar. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to carry out an analysis of the unconstitutionality of the decree of preventive detention based on the guarantee of public order. Among the 4 grounds provided for in art. 312 of the Code of Criminal Procedure that enable the enactment of this medida cautelar, taking into account that it is a vague, imprecise and indeterminate term, the foundation guaranteeing public order has become the most used by the Judiciary. Therefore, during the research, some incompatibilities were found between the function of provisional arrest and the way the institute has been used by magistrates. Thus, the research sought to address the different concepts used by magistrates regarding what is public order, to discuss the function of preventive detention and the possibility that it is being used for serving a sentence and not as a medida cautelar, in addition to verifying which forms the decree of preventive detention as a guarantee of public order can affront constitutional and criminal procedural principles. According to all the above, it was possible to verify that there is a conceptual malleability of the institute that is harmful to the accused and, at the end of the research, it was possible to arrive at two different ways to solve this problem. The study, therefore, was based on a theoretical-bibliographic research, which took place through a bibliographic survey supported by renowned authors, using divergent understandings of different scholars, jurisprudential precedents, scientific articles and legal journals.

Keywords: Preventive detention. Guarantee of public order. Medida Cautelar. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	14
2.1 Princiologia	14
2.1.1 Jurisdicionalidade.....	14
2.1.2 Fundamentação	15
2.1.3 Contraditório.....	16
2.1.4 Provisionalidade.....	16
2.1.5 Provisoriedade.....	17
2.1.6 Excepcionalidade	18
2.1.7 Proporcionalidade.....	19
2.2 Natureza jurídica e base legal da prisão preventiva.....	19
2.3 Requisitos	22
2.3.1 Pressupostos.....	23
2.3.2 Fundamentos.....	24
a) Garantia da ordem pública.....	26
b) Garantia da ordem econômica.....	26
c) Conveniência da instrução criminal.....	28
d) Assegurar a aplicação da lei penal.....	30
2.3.3 Hipóteses de cabimento da Prisão Preventiva	31
a) Crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.....	31
b) Investigado ou acusado condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal.....	32
c) Quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.....	33
d) Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento	33
3 CONCEITO DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SEGUNDO A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA	36
3.1 Conceitos doutrinários.....	36
3.2 Conceitos jurisprudenciais.....	40
a) Gravidade em abstrato e em concreto do crime.....	40
b) Clamor público ou intranquilidade social	42
c) Descrédito da justiça/credibilidade da justiça/instituições democráticas.....	42
d) Inquéritos policiais e ações judiciais em andamento	44
e) Periculosidade do agente.....	44

f) Integridade física do acusado.....	46
g) Comportamento reiterado.....	47
3.3 Os limites da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública .	48
4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	54
4.1 Da ausência de cautelaridade.....	56
4.2 Da violação ao princípio da presunção de inocência.....	60
4.3 Da violação ao princípio do devido processo legal	65
4.4 Da violação ao princípio da legalidade	67
4.4.1 Da violação ao princípio da segurança jurídica	71
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

A questão da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública encontra-se entre um dos assuntos mais polêmicos e discutidos da atualidade no âmbito jurídico.

É consabido que a prisão preventiva, de uma forma ampla, sempre se dará sob o fundamento *periculum libertatis*, que nada mais é que o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no Código de Processo Penal como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 635).

Acontece que a situação prevista como garantia da ordem pública encontra-se ainda diante de uma enorme quantidade de conceitos vagos que colidem entre si, trazendo, assim, uma carga de incerteza quanto à fundamentação legal na decretação da prisão preventiva.

Por esse motivo, a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem pública vem sendo banalizada no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente pelo Poder Judiciário. Em sua essência, tal instituto tem como função primordial efetivar o normal andamento da persecução penal, por isso é uma medida cautelar, mas não é o que vem ocorrendo na prática.

Os inúmeros conceitos atribuídos à ordem pública, tais como gravidade do crime, periculosidade ou perversidade do agente, falta de preocupação com a lei ou com a sociedade, hediondez do delito, reiteração criminosa, clamor público, credibilidade do Judiciário, entre outros, são incompatíveis com a característica de cautelaridade inerente à prisão cautelar, como o próprio nome sugere, na medida em que nenhum dos referidos conceitos tem como objetivo principal a garantia do bom andamento do processo.

O autor Regis Prado (2018, p. 173) demonstrou que tais significações de ordem pública são incoerentes e estas não são passíveis de comprovação no curso do processo, sendo, dessa forma, decretadas com alicerces retóricos. Sendo assim, a situação mencionada também acarreta vários problemas de incompatibilidade constitucional e processual penal com a legalidade, a presunção de inocência, entre outros.

Além disso, conforme será exposto, parte do Poder Judiciário se utiliza de tal fundamento para decretar prisão preventiva em diversas situações que não se encaixam como garantia da ordem pública.

Diante disso, indaga-se: a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública está sendo decretada de forma adequada ao que se propõe uma prisão cautelar? E, ainda, pode-se alegar que a restrição de liberdade com base nesse fundamento é inconstitucional?

Afim de esclarecer os questionamentos realizados, o trabalho será dividido em 3 capítulos. O primeiro capítulo irá tratar acerca das características particulares (requisitos, pressupostos, fundamentos e hipóteses de admissibilidade) e os princípios que regem a prisão preventiva.

O segundo capítulo buscará abordar os diversos conceitos que permeiam o termo ordem pública, as discussões doutrinárias que existem acerca do tema e as tentativas jurisprudenciais de criar um significado mais consolidado para o que seria “garantir a ordem pública”.

Além disso, também disporá a respeito dos limites da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, situações consolidadas que antigamente eram utilizadas como fundamento para decretar a referida cautelar e atualmente não são mais, fruto de uma discussão longa e que até hoje não acabou, visto que o conceito ainda é motivo de discussão no âmbito jurídico.

E, por fim, o terceiro capítulo versará sobre a inconstitucionalidade do instituto citado, tendo em vista os questionamentos relativos à possibilidade de afronta aos princípios constitucionais e processuais penais, como o princípio da presunção de inocência, a própria segurança jurídica, princípio da legalidade, dentre outros que serão minuciosamente destacados no decorrer do capítulo.

Ressalta-se também que, no geral, esta pesquisa terá como objeto de debate a função da prisão preventiva, um tema que é cercado de polêmicas e discussões, posto que, na visão de inúmeros doutrinadores, a prisão preventiva decretada com fundamento na ordem pública está sendo utilizada de forma equivocada, levando consigo uma carga punitiva que não está em conformidade com seus objetivos.

Todo o exposto, então, servirá para embasar o foco principal do trabalho, o qual é analisar a inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

O presente trabalho foi elaborado mediante levantamento bibliográfico, através de livros, utilização de entendimentos divergentes de diversos doutrinadores, precedentes jurisprudenciais, artigos científicos, revistas jurídicas, para a constituição dos objetivos, de modo a embasar a pesquisa. O método de investigação utilizado foi o dedutivo. Em relação ao referencial teórico, se deu também mediante todo o levantamento bibliográfico já citado anteriormente. Quanto aos procedimentos técnicos, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica (GIL, 2010).

2 PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No presente capítulo, inicialmente, será tratado acerca dos aspectos introdutórios da prisão preventiva, de forma a apresentar, de uma maneira geral, suas características particulares e os princípios que a regem. Posteriormente, serão explicados os requisitos da prisão, tanto em sentido amplo quanto estrito, que abrange seus pressupostos e fundamentos. Por fim, serão apresentadas as hipóteses de cabimento, que darão essencial e imprescindível complemento para uma possível decretação de prisão preventiva.

2.1 Principiologia

As prisões cautelares, tanto a prisão preventiva quanto a prisão temporária, são regidas por princípios. De acordo com o jurista Aury Lopes Júnior (2021, p. 58), é somente com a existência dos princípios das prisões cautelares que é possível a decretação de uma prisão preventiva antes do trânsito em julgado ao mesmo tempo que garante a presunção de inocência.

Dessa forma, sabendo que se trata de um tema muito discutido pela doutrina, a presente monografia adotou a classificação do referido autor, o qual elenca como princípios das prisões cautelares a jurisdicionalidade, fundamentação, contraditório, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

2.1.1 Jurisdicionalidade

O princípio da jurisdicionalidade se encontra inserido no art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê ao longo da sua redação que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Conforme leciona o autor Aury Lopes Júnior (2021, p. 59) e com base no artigo citado acima, a única autoridade competente para prender alguém é a autoridade judiciária, o que torna a prisão cautelar uma medida exclusivamente jurisdicional. É o que também preceitua o art. 283, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da **autoridade judiciária competente**, em decorrência de **prisão cautelar** ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (grifo nosso)

Mesmo diante das hipóteses de prisão em flagrante supracitada, seguindo ainda a mesma linha de pensamento do autor Aury Lopes Júnior (2021, p. 59), em um momento posterior, a prisão em flagrante deverá ser submetida ao crivo do Poder Judiciário para controle de sua legalidade, seja na homologação da prisão realizada pelo juiz ou no relaxamento, e, se for o caso, decretando a prisão preventiva ou concedendo a liberdade provisória.

Desse modo, a prisão cautelar, conforme o princípio da jurisdicionalidade, deixará de ser legal quando não for decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária ou quando a prisão em flagrante não for apreciada pelo juiz competente.

2.1.2 Fundamentação

Este princípio, também chamado de princípio da motivação, está intimamente associado ao princípio anterior. De acordo com este, a autoridade judiciária, que é a única competente para prender alguém, ao proferir uma decisão, carrega consigo o dever de fundamentação.

Por força desse princípio, toda e qualquer prisão cautelar somente poderá ser passível de decretação caso possua ordem judicial motivada e fundamentada pela autoridade judiciária, de modo que haja a formação do raciocínio judicial através de uma justificação racional por parte do juiz togado (MENDONÇA, 2011, p. 70).

Nesta mesma linha de pensamento, o autor Miguel Tedesco Wedy (2013, p. 82) afirma:

É pela motivação que se aprecia se o juiz julgou com conhecimento de causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, tendo em vista que interessa à sociedade e, em particular, às partes saber se a foi ou não acertada. E, somente com a exigência da motivação, permitir-se-ia à sociedade e às partes, a fiscalização da atividade intelectual do magistrado no caso decidido.

Entretanto, cumpre ressaltar que a motivação, neste caso, não pode ser meramente genérica. O magistrado tem o dever de fundamentar indicando, de forma concreta, fatos novos e contemporâneos que justifiquem a decretação de tal medida e, além disso, deve se basear em dados concretos que permitam identificar o real perigo que decorre do estado de liberdade do indivíduo, baseado numa situação fática, não em mera especulação (LOPES JÚNIOR, Aury, 2021, p. 64).

Em síntese, a prisão cautelar só é legal e constitucional se cumprir a garantia de ser emitida pelo magistrado e se for fundamentada de forma específica, sobre fatos novos.

2.1.3 Contraditório

De forma ampla, o contraditório é o direito de resposta ao acusado contra uma acusação, que é assegurado através do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. No caso das prisões cautelares, o contraditório se encontra previsto no art. 282, §3º do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 13.964/2019, *in verbis*:

Art. 282 (...)

(...)

§3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

Por força do artigo supracitado, antes do magistrado proferir uma decisão, será dada ao indivíduo a oportunidade de juntar elementos de defesa para que o mesmo possa refutar e contestar os fundamentos da medida, permitindo e assegurando o contraditório ao acusado e forçando o magistrado prolatar uma decisão mais bem fundamentada e consistente, conforme preceitua o autor Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 77).

Além disso, é importante destacar que, com a alteração promovida após o advento da Lei nº 13.964/2019, o dever de proporcionar o contraditório foi ainda mais reforçado, na medida em que o texto legal do art. 282, §3º do Código de Processo Penal passou a exigir nos casos de urgência ou de perigo uma fundamentação em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. Ou seja, de acordo com o autor Aury Lopes Júnior (2021, p. 68), “não basta a referência genérica à urgência, é preciso fundamentar concretamente fundamentando sua existência”.

Portanto, conforme já dito anteriormente, o contraditório se mostra essencial para o réu argumentar a falta de necessidade da medida e, também, para contribuir para o magistrado formar a melhor decisão. Logo, a inobservância dessa garantia constitucional pode acarretar nulidade da prisão preventiva.

2.1.4 Provisionalidade

O princípio da provisionalidade é um princípio básico das prisões cautelares, uma vez que tutelam sempre uma situação fática, vinculado a decretação da prisão preventiva a uma exigência de atualidade e concretude do perigo (LOPES JÚNIOR, Aury, 2021, p. 74). Essa exigência da atualidade e concretude do perigo advinda de tal princípio, encontra base legal nos seguintes dispositivos:

Art. 282 (...)

(...)

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado **de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.**

(...)

Art. 312 (...)

(...)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser **motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos** que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Consequentemente, diante do citado acima, uma vez não existindo a atualidade do risco e a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos, não existirá *periculum libertatis*, o que ensejará numa prisão preventiva sem fundamentos.

2.1.5 Provisoriedade

Como a própria palavra já remete, o princípio da provisoriedade entrega às prisões cautelares o caráter provisório (temporário), uma vez que, de acordo com o autor Paulo Rangel (2011, p. 740), possuem um período de vigência determinado, que tem seu limite fixado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na mesma linha de raciocínio, o autor Aury Lopes Júnior (2021, p. 79) destaca que a prisão cautelar deve ter uma curta duração, justificando que, por se tratar de uma situação fática (provisionalidade), a prisão cautelar não pode assumir função de antecipação da pena.

Esse caráter temporário da prisão cautelar é motivo de muita polêmica na doutrina, pois, na medida em que o princípio busca, na teoria, promover um período de vigência determinado, na prática, não existe limite temporal das prisões cautelares, mais precisamente da prisão preventiva.

Porém, vale ressaltar a obrigação que o magistrado tem de revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias previsto no art. 316, parágrafo único,

do Código de Processo Penal, visto que, mesmo que não seja um limite temporal, atende à natureza provisional e provisória na medida em que se preocupa com os motivos e o excesso de prazo na duração da prisão preventiva.

Logo, no mais, a prisão cautelar deve respeitar uma duração razoável, de forma que cumpra o caráter provisório, devendo perdurar por um espaço curto de tempo.

2.1.6 Excepcionalidade

Sabe-se que a prisão preventiva é tida como a *ultima ratio*, logo, será decretada sempre em última hipótese. Desse modo, o princípio da excepcionalidade prevê que prisão cautelar deve ser utilizada apenas em alguns casos específicos, justamente por esse motivo que tal princípio tem relação direta com o princípio da presunção de inocência disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, uma vez que, por força desse princípio, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, logo, a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve ser excepcional e com caráter cautelar.

Nessa mesma linha dispõe o autor Lopes Júnior (2021, p. 90):

“(…) A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. (...)”

Há dispositivos no Código de Processo Penal que possibilitam enxergar nitidamente como se dá o caráter excepcional da prisão cautelar, como por exemplo o art. 282, § 6º, do CPP, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

O artigo supracitado impõe uma condição em que só poderá ser decretada a prisão preventiva quando não for cabível a substituição da prisão por outra medida, logo, tal premissa reforça ainda mais o seu caráter excepcional.

No mais, a prisão cautelar deve obedecer a ideia de último instrumento a ser utilizado, para que, assim como dispõe o art. 310, II, do Código de Processo Penal, sejam analisadas a adequação e suficiência das demais medidas cautelares antes de chegar na possibilidade de decretação da prisão.

2.1.7 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, de acordo com o autor Miguel Tedesco Wedy (2013, p. 74), trata-se de uma proibição do excesso que remete a adoção de um critério de interpretação acerca da necessidade das prisões cautelares e das outras medidas cautelares alternativas.

Dessa mesma forma entende o autor Lopes Júnior (2021, p. 94), na medida em que acredita que o princípio da proporcionalidade tem função de guiar a conduta do juiz em cada caso específico, uma vez que ele tem o dever de balizar entre a gravidade da medida imposta e a finalidade pretendida, sem deixar de considerar os requisitos do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Porém, de acordo com Gustavo Henrique Badaró (2016, p. 423), apesar de saber que o princípio da proporcionalidade é objeto de inúmeras discussões entre diversos autores, o próprio Código de Processo Penal e parte da doutrina, subdividiram tal princípio em três postulados, os quais são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De forma geral, o juiz deverá sempre agir com ponderação, utilizando-se de medida cautelares isoladas ou cumulativas, de forma a recorrer à prisão preventiva em último caso, como a última ferramenta do sistema (LOPES JÚNIOR, Aury, 2021, p. 102).

2.2 Natureza jurídica e base legal da prisão preventiva

A doutrina destaca três tipos de prisão: prisão em flagrante, prisão-pena e prisão cautelar. Segundo o art. 301 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante ocorre quando o sujeito se encontrar em flagrante delito. Segundo a lei, mais precisamente no art. 302 do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (grifo nosso)

De acordo com o supracitado, a prisão em flagrante pode ocorrer em 04 momentos distintos.

Quanto à prisão-pena, como o próprio nome já remete, trata-se de uma prisão que tem como fim a execução da pena. Aqui, a pena será imposta após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo como objetivo principal satisfazer a pretensão executória do Estado.

Diferente da prisão cautelar, a prisão-pena tem uma outra finalidade. Para o autor Fernando Capez (2002, p. 319), a pena-prisão possui um caráter punitivo, conforme abaixo citado:

sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Por fim, tem-se a prisão cautelar, que, neste momento, será abordado mais especificamente acerca da prisão preventiva.

Inicialmente, é importante frisar que, por força do art. 282, §6º do Código de Processo Penal, a prisão preventiva somente será cabível quando se verificar que as cautelares diversas da prisão não são adequadas, conforme consta *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada **quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar**, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (grifo nosso)

Pois bem, aprofundando a análise acerca da referida prisão, sabe-se que se trata de uma prisão de natureza cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, assim como está posto no art. 311 do Código de Processo Penal.

Após o advento da Lei nº 13.964/2019 houve uma alteração no art. 312 do Código de Processo Penal, de modo que a iniciativa para a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase investigatória e no curso do processo penal foi retirado do referido artigo. Sendo assim, a legitimidade para o requerimento de decretação da prisão preventiva encontra-se na nova redação do art. 312, em que consta que “caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.

De acordo com o artigo citado acima, para decretação da preventiva, é necessário que seja demonstrada materialidade delitiva, ou seja, existência do crime e que haja indício suficiente de autoria, o que caracteriza o *fumus commissi delicti*, resumido pelo autor Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2017, p. 663) como possibilidade de que o agente tenha praticado uma infração penal, em face dos indícios de autoria e da prova da existência do crime verificado no caso concreto.

Ainda de acordo com o artigo supracitado, é exigido também a presença do *periculum libertatis* que significa o perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado, que justificaria a possibilidade de encarceramento.

Essa justificativa, por sua vez, deve basear-se em algum dos fundamentos descritos no mesmo artigo, isto é: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal. Portanto, a preventiva poderá ser decretada a partir da presença de um ou mais desses itens.

Além disso, estabelece o art. 313 do Código de Processo Penal que a prisão em questão, presentes os pressupostos e fundamentos que os autorizam, será admitida, como explica Avena (2017, p. 673), nas seguintes hipóteses:

- a) Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (art. 313, I, do CPP);
- b) Indivíduo que comete um novo crime doloso nos cinco anos subsequentes ao cumprimento ou extinção da pena imposta em razão da prática de outro crime doloso anterior – o chamado reincidente em crime doloso (art. 313, II, do CPP);
- c) Crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa portadora de deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III, do CPP);
- d) Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (art. 313, parágrafo único, do CPP).

Em síntese, para o magistrado decretar a prisão preventiva, as outras medidas menos invasivas ao direito de liberdade do acusado devem ter sido esgotadas. Da mesma forma disserta Badaró (p. 223, 2011), em que o mesmo aponta que há uma característica de

preferibilidade das medidas cautelares diversas da prisão, que causa como consequência direta, diante de uma necessidade de tutela cautelar, sempre uma escolha primária e inicial de uma das medidas previstas nos artigos 319 e 320 do CPP. Nessa lógica, a prisão preventiva deveria passar a funcionar como a extrema *ratio*, onde somente pode ser determinada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas.

Vale citar, portanto, o autor Renato Brasileiro (2020, p. 1058), que, de uma maneira ampla, resume todo o andamento processual para a decretação da prisão preventiva da forma correta e devida:

No caminho para a decretação de uma prisão preventiva, cabe ao magistrado, inicialmente, **verificar o tipo penal cuja prática é atribuída ao agente**, aferindo, a partir do art. 313 do CPP, se o crime em questão admite essa prisão cautelar. Num segundo momento, incumbe ao magistrado **analisar se há elementos que apontem no sentido da presença simultânea** de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*). O terceiro passo é **aferir a presença do *periculum libertatis***, compreendido como o perigo concreto que a permanência do investigado (ou acusado) em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social. Logicamente, esses fatos que justificam a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta (princípio da atualidade do *periculum libertatis*).³²³ Por fim, também se faz necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão. (grifo nosso)

Conforme o citado, em um primeiro momento, para a decretação de tal prisão, o magistrado deve verificar o tipo penal e aferir, baseado no art. 313 do CPP, se o crime cometido pelo acusado admite a prisão cautelar. Posteriormente, o magistrado deve analisar se há elementos que apontem a presença simultânea de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. E, por último, o magistrado deve aferir a presença do *periculum libertatis* e adequar a um dos fundamentos elencados no art. 312 do CPP. Tudo isso será minuciosamente detalhado e explicado nos subtópicos desenvolvidos adiante.

2.3 Requisitos

Inicialmente, é preciso ressaltar que para a imposição de uma medida tão excepcional quanto a privação de liberdade de um indivíduo é necessário o preenchimento, em sentido amplo, de alguns requisitos.

Estes requisitos, por sua vez, em sentido estrito, tratam-se dos pressupostos e dos fundamentos, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal e das hipóteses de cabimento, previstas no art. 313 do mesmo código.

2.3.1 Pressupostos

O art. 312 do Código de Processo Penal, como citado, foi utilizado pelo legislador para delimitar ao aplicador do direito quais os pressupostos e fundamentos para decretação da prisão preventiva. Pois bem. A parte final do citado dispositivo dispõe acerca dos pressupostos, isto é, para determinar a prisão cautelar em questão, é necessário verificar se há presença do *fumus commissi delicti*, o qual representa de forma conjunta a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

A prova da existência do crime trata-se da certeza de que a infração penal existiu, de maneira que não faz sentido privar um indivíduo de sua liberdade sem ao menos a certeza de que o crime ocorreu. Ressalta Guilherme Souza Nucci (2020, p. 996) que a citada prova não precisa ser feita de modo definitivo e fundada em perícia, basta, por exemplo, no caso de um homicídio, que haja certeza da morte de alguém, inclusive através da oitiva de testemunhas durante o inquérito e da juntada da certidão de óbito nos autos, podendo o laudo necroscópico ser posteriormente apresentado.

Os chamados indícios suficientes de autoria residem na suspeita embasada de que o indivíduo foi o autor da infração penal. Entretanto, não é necessária a prova plena desta autoria. O legislador exige apenas um juízo de probabilidade, composto de fatos indicativos de que a pessoa, efetivamente, praticou o crime. Nesse sentido, destaca Noberto Avena (2019, p. 1812): “Não se demanda, enfim, neste juízo provisório, prova plena de autoria, já que este é grau de certeza exigido por ocasião do mérito da ação penal, quando se visa à condenação do acusado”.

No mesmo sentido, Guilherme Souza Nucci (2020, p. 996), afirma que é inviável a prova plena de culpa em um juízo meramente cautelar, o qual ocorre muito antes do julgamento do mérito. Explica o autor, ainda, o que seria o indício suficiente de autoria:

Lembremos ser o indício uma prova indireta, como se pode ver do disposto no art. 239 do CPP, permitindo que, através do conhecimento de um fato, o juiz atinja, por indução, o conhecimento de outro de maior amplitude. Portanto, quando surge uma prova de que o suspeito foi encontrado com a arma do crime, sem apresentar versão razoável para isso, trata-se de um indício – não de uma prova plena – de ser o autor da infração penal. A lei utiliza a qualificação suficiente para demonstrar não ser qualquer indício o demonstrador da autoria, mas aquele que se apresente convincente, sólido.

Por todo exposto, verifica-se que para a construção do embasamento acerca da autoria delitiva, da existência do crime e, portanto, para a decretação da prisão preventiva, basta uma probabilidade razoável, não há necessidade e não há possibilidade de se falar em um juízo de certeza, definitivo. É exigido apenas que nos autos contenha um lastro probatório mínimo para demonstrar e fundamentar a autoria e a existência da infração penal.

Nesse contexto, Aury Lopes Júnior (2020, p. 986) resume de forma categórica o que deve basear a fumaça da existência de um crime:

*O fumus commissi delicti exige a **existência de sinais externos**, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. (grifo nosso)*

Concluindo, para decretação da prisão preventiva, primeiramente deve-se preencher o requisito do *fumus commissi delicti*, ou seja, provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

2.3.2 Fundamentos

Como citado anteriormente, para aplicação da prisão preventiva, existe a necessidade de conjugar pressupostos, fundamentos e hipóteses de cabimento, em síntese, são necessários requisitos.

Nesse esteio, os fundamentos encontram-se previstos no art. 312 do Código de Processo Penal o qual possuía, até momento anterior ao Pacote Anticrime a seguinte redação: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Ocorre que com o advento da citada lei foi acrescentado ao fim do art. 312 o trecho: “perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado”. Esta parte final, entretanto, para a maioria da doutrina, não se caracteriza como uma inovação do Pacote Anticrime.

Para Renato Brasileiro (2020, p. 1061) qualquer decisão que determine a prisão preventiva de um indivíduo deve ser fundada no chamado *periculum libertatis*, ou seja, no perigo de liberdade do acusado, o qual constitui-se numa das hipóteses já ressaltadas pelo *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal, ou, como

dispõe o art. 282, inciso I do Código de Processo Penal, quando a medida cautelar revelar-se necessária para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Para o autor, ainda, o perigo de liberdade do acusado sempre configurou e deverá continuar a figurar como pressuposto para decretação de qualquer medida cautelar, somando-se ao *fumus commissi delicti*.

Nucci (2020, p. 996), seguindo a mesma lógica, entende que acréscimo da parte final do art. 312 foi indevida, pois se há perigo quanto à liberdade, significa que há uma perturbação à ordem pública, portanto não existindo a hipótese de utilização do novo requisito sem associação aos demais já existentes.

Aury Lopes Júnior (2020, p. 990-994) considera que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito e está previsto no Código de Processual Penal como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ressalta o autor, ainda, que é imprescindível a existência de prova razoável para *periculum libertatis*, isto é, não são suficientes presunções, deve haver um fundado temor, suporte fático e probatório para justificar a aplicação de uma medida tão extrema como a privação de liberdade.

O autor destaca também que o *periculum libertatis* deve ser atual, o que caracteriza o Princípio da Atualidade: “Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A ‘atualidade do perigo’ é elemento fundante da natureza cautelar” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 994).

No mesmo sentido complementa Renato Brasileiro (2020, p. 1061):

Para fins de decretação de toda e qualquer medida cautelar, esse *periculum libertatis* que a justifica **deve ser atual, presente**. Afinal, as medidas cautelares são ‘situacionais’, ‘provisionais’, **tutelam uma situação fática presente, um risco atual**. É dizer, **não se admite a decretação de uma medida cautelar para tutelar fatos pretéritos, que não necessariamente ainda se fazem presentes por ocasião da decisão judicial em questão**. É exatamente isso o que a doutrina chama de princípio da atualidade (ou contemporaneidade) do perigo (ou do *periculum libertatis*). (grifo nosso)

Portanto, é dentro do contexto de atualidade que deve ser compreendido o §2º do art. 312 do Código de Processo Penal, também introduzido pelo Pacote Anticrime segundo o qual: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

A decisão que aplica a *ultima ratio* deve ser fundada de forma robusta, sem suposições, fatos futuros e incertos, é necessário contexto probatório e um risco atual ao tempo da imposição da prisão preventiva, de forma que a decisão seja fundamentada de forma sólida no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*.

Pois bem. Como compreendido, o *periculum libertatis* não é um fundamento isolado e caso exista na ocasião, estará configurado dentro de uma das hipóteses do *caput* do art. 312 da legislação processual penal. Portanto, sempre deverá estar presente no ato de decretação da prisão preventiva, mas não é necessário que esteja concomitantemente evidenciado em todos os fundamentos do artigo citado, ou seja, garantia da ordem pública, da ordem econômica, garantia de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Para comprovação da presença deste perigo, basta a caracterização de uma das hipóteses previstas no dispositivo legal.

É possível concluir, por consequência, que há, pelo menos, três requisitos que possibilitam a existência legal da prisão preventiva:

(...) a) prova da existência do crime + b) provas de indícios suficientes de autoria + (c) alternativamente, garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica ou conveniência da instrução ou garantia da aplicação da lei penal. Dois requisitos são fixos (a + b) e o terceiro é alternativo (c) (NUCCI, 2020, p. 1146).

Porém, ressalta-se que há possibilidade da presença concomitante de mais de um dos fundamentos, mas caso isso ocorra, o magistrado deverá fazer menção a cada um deles no ato de fundamentação da decisão, o que, sem dúvidas, conferirá mais legitimidade à determinação judicial (BRASILEIRO, 2020, p. 1061).

a) Garantia da ordem pública

O primeiro fundamento citado pelo art. 312 do Código de Processo Penal reside na necessidade de garantir a ordem pública através da restrição de liberdade do acusado. Entretanto, o mencionado critério, por tratar-se do tema central do presente trabalho, será tratado nos capítulos seguintes de forma mais detalhada e aprofundada.

b) Garantia da ordem econômica

Em sequência à garantia da ordem pública o legislador apresentou o fundamento baseado na garantia da ordem econômica. O objetivo da inclusão deste fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal, para Aury Lopes Júnior (2020, p. 99) foi:

(...) tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.

Nucci (2020, p. 1662-1663), entende que:

Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área.

Para o autor também a aplicação da *ultima ratio* nesses casos visa garantir que se retire de circulação um agente que esgotou suas forças para enxugar os recursos das instituições financeiras e dos cofres públicos, provocando graves danos ao sistema financeiro em virtude de ganância, ambição e egoísmo.

Nessa mesma linha, segue Avena (2019, p. 1816): “(...)é preciso que a gravidade da infração, a repercussão social causada e a probabilidade de reiteração da conduta criminosa imponham a medida como fator de tranquilidade e restabelecimento da paz social”.

Pelo exposto, observa-se que o objetivo da decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem econômica consiste na intenção de não manter dentro da impunidade, de evitar a reiteração delitiva e garantir a segurança dos recursos nacionais contra a atuação de criminosos que fazem vultuosas transações e movimentações ilegais dentro do sistema financeiro do país, colocando em risco toda a economia e a população.

Na mesma linha o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 define que constituem infrações de ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II- dominar mercado relevante de bens ou serviços; III- aumentar arbitrariamente os lucros; e IV- exercer de forma abusiva posição dominante.

A título de exemplo tem-se a seguinte jurisprudência:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CPP, ART. 312. FRAUDES PERPETRADAS PELA INTERNET CONTRA INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. ABALO NA CONFIABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONVENIÊNCIA DA SEGREGAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. 1. Justifica-se a decretação da prisão preventiva para salvaguarda da ordem econômica quando exsurge dos elementos levados ao conhecimento do juízo a participação do agente em quadrilha envolvida com a prática, em larga escala e através da rede mundial de computadores, de fraudes contra o sistema bancário, porquanto elevada a potencialidade de abalo no nível de confiança das instituições financeiras oficiais. 2. Em razão do rito célere de processamento do habeas corpus, os fatos alegados no writ devem ser comprovados de plano, através da apresentação de prova pré-constituída. A ausência na impetração, pois, de demonstração de ser o paciente possuidor de condições pessoais desfavoráveis (ocupação lícita, domicílio certo e bons antecedentes) consiste em circunstância que, em princípio, respalda a necessidade de sua segregação cautelar. (TRF-4 - HC: 56242 SC 2005.04.01.056242-2, Relator: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Data de Julgamento: 18/01/2006, OITAVA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/02/2006)

Portanto existem diversos crimes previstos em leis especiais brasileiras que podem ser cometidos visando algum desses objetivos, como por exemplo, a Lei nº 8.078/1990 (crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), a Lei nº 8.176/1991 (crimes contra a ordem econômica), a Lei nº 9.279/1996 (crimes em matéria de propriedade industrial) e a Lei nº 9.613/1998 (crimes de lavagem de capitais).

Como forma de exemplificar em casos práticos, pode-se lembrar dos criminosos de “colarinho branco”, os quais são aqueles que cometem crimes em virtude do status pessoal que ocupam, pela posição social, econômica, como grandes empresários e políticos, assim movimentando e praticando atividades ilícitas de grande escala financeira, prejudicando todo o funcionamento econômico do país.

c) Conveniência da instrução criminal

Posteriormente tem-se a possibilidade de que seja determinada a privação preventiva de liberdade de um indivíduo com base na necessidade de manter a conveniência da instrução criminal. No caso, pode ser decretada com essa justificativa quando o acusado perturba o regular andamento da instrução criminal.

De acordo com Renato Brasileiro (2020, p. 1070-1071), o objetivo é tutelar a livre produção de provas, impedindo que o agente prejudique a busca da verdade. Por esse motivo, a partir do momento que existem: "(...) indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas, peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos ou qualquer outra tentativa de

atrapalhar a apuração dos fatos e o andamento do procedimento criminal(...)" poderá ser adotada prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.

No rol de condutas inaceitáveis também se incluem a investida contra as provas, buscando desaparecer com evidências, ameaças dirigidas aos acusadores, à vítima, ao magistrado, dentre outros (NUCCI, 2020, p. 1000).

Complementa, ainda, Aury Lopes Júnior (2020, p. 992):

Aqui, o **estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo**, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. (grifo nosso)

Portanto, qualquer perturbação ao regular andamento processual, à colheita e produção probatória, a busca pela verdade real e ameaça à segurança de qualquer das partes, conjugada com os demais requisitos para decretação prisão preventiva, podem resultar na restrição de liberdade do acusado com base na conveniência da instrução criminal.

Importante ressaltar, entretanto, que a adoção desta medida está atrelada a sua indispensabilidade, ou seja, o bom andamento do processo criminal depende da restrição de liberdade do indivíduo (BRASILEIRO, 2020, p. 1071).

Além disso, não se admite que seja decretada a prisão preventiva do acusado com base nesse critério com objetivo de obrigá-lo a contribuir para apuração dos fatos delituosos ou para participar de algum ato probatório, isso porque, por força do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o acusado possui direito ao silêncio e não está obrigado a produzir provas contra si mesmo (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 992-993; BRASILEIRO, 2020, p. 1071).

A título de exemplo, tem-se a seguinte jurisprudência:

Prisão preventiva. Conveniência da instrução criminal. 1 - A prisão preventiva, medida excepcional, será decretada se não puder ser substituída por outra medida cautelar (CPP, art. 282, § 6º). 2 - Havendo indícios de que o paciente, militar, frustrou medida cautelar de busca e apreensão e tentou intimidar testemunha, possível seja mantida a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. 3 - Condições pessoais favoráveis do acusado não impedem a custódia cautelar se presentes os requisitos que a autorizam, como garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. 4 - Ordem denegada. (TJ-DF 07032446020198070000 DF 0703244-60.2019.8.07.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 21/03/2019, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/03/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada)

Por fim, a prisão cautelar com base na conveniência da instrução criminal deve persistir apenas enquanto dure os atos instrutórios, ou seja, no momento em que a instrução for

encerrada, deve a preventiva ser revogada e o acusado posto em liberdade art. 316, caput, c/c art. 282, § 5º, ambos do Código de Processo Penal (BRASILEIRO, 2020, p. 1071).

d) Assegurar a aplicação da lei penal

Por fim, mas não menos importante, tem-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Trata-se da situação em que o juiz determina a privação de liberdade do agente quando este demonstra que pretende fugir do distrito de culpa, o que inviabilizaria a posterior execução da pena (BRASILEIRO, 2020, p. 1068).

No caso, garantir a lei penal significaria “(...)assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a devida sanção a quem é considerado autor da infração penal” (NUCCI, 2020, p. 1001).

A prisão, no caso, visa evitar que o imputado fuja, tornando ineficaz a sentença penal por impossibilidade de aplicar a pena cominada (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 993).

Entretanto é indispensável ressaltar que a reclusão do acusado, no caso, não pode basear-se em suposições ou meras ilações. Conforme ressalta Renato Brasileiro (2020, p. 1068) é necessário que se encontrem nos autos elementos concretos que confirmem a intenção do agente de se subtrair da atuação judicial e, ainda, destaca-se que é dever da acusação demonstrar haver motivos para temer a fuga.

Aury Lopes Júnior (2020, p. 993-994) destaca que o magistrado deve desvencilhar-se de pensamentos destoantes da realidade fática, devendo atentar-se apenas para o que está descrito nos autos e, nesse contexto, exemplifica um tipo de projeção que pode ser feita pelo julgador:

(...) é bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo que está sentindo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois, (in)conscientemente, estão se identificando (ficar-idem) com o imputado e, a partir disso, pensam da seguinte forma: se eu estivesse no lugar dele, tendo praticado esse crime e com as condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria! Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, sem qualquer vínculo com a realidade fática e probatória.

Ainda como complemento, tem-se o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES, RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DE

APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE CONCRETA. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. MAIS DE 12 (DOZE) ANOS APÓS OS FATOS. ACUSADO NÃO LOCALIZADO. DEMAIS CORRÉUS CONDENADOS DEFINITIVAMENTE. CONFIGURADA A INTENÇÃO DE SE FURTAR À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*. 2. No caso, a prisão preventiva está justificada pois, segundo a decisão que a impôs, passados mais de 12 anos da ocorrência dos fatos, após inúmeras diligências na tentativa de encontrar o acusado, as quais foram infrutíferas, fica evidenciada a fuga do distrito da culpa e a tentativa de se furtar da aplicação da lei penal, circunstâncias que justificam a necessidade de segregação cautelar para assegurar a futura aplicação da lei penal. 3. Aliado a isso, tem-se que, decretada a prisão em 22/8/2018, até o momento não foi efetivada, enquanto os demais corréus foram sentenciados em 12/4/2011, com condenação transitada em julgado em 18/3/2016, reforçando os indícios de que o paciente está se furtando à aplicação da lei penal. 4. Mostra-se contemporânea a decisão, porquanto se remete aos fatos que consubstanciam o risco de não aplicação da lei penal, a saber: o tempo decorrido desde a prática delitiva e as diversas tentativas de localização do acusado, porém, sem êxito, tudo isso evidenciando a evasão do distrito da culpa. 5. Ordem denegada. (STJ - HC: 552499 DF 2019/0376627-6, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 16/06/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/06/2020)

Conclui-se, pelo exposto, que a decretação da prisão preventiva com objetivo de assegurar a lei penal deve dar-se quando existir fundada, provada e concreta possibilidade do agente se esquivar, através da fuga, da posterior aplicação da sanção resultante do processo.

2.3.3 Hipóteses de cabimento da Prisão Preventiva

Pois bem, após feita a análise do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, cabe ao juiz o dever de observar os limites de incidência da prisão preventiva, que se encontram elencados no art. 313 do CPP e serão explicados de forma detalhada adiante.

a) Crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos

Este dispositivo traça um limite para a decretação de prisão preventiva baseado no *quantum* de pena fixado. Logo, nesse caso, será cabível a decretação da prisão preventiva quando a pena máxima cominada ao delito for superior a 4 (quatro) anos, independentemente da natureza da pena, se é reclusão ou detenção.

Por óbvio, conforme aponta o inciso I, do art. 313 do Código de Processo Penal, não caberá prisão preventiva por crime culposos em hipótese nenhuma. Para ficar mais fácil o entendimento, o autor Aury Lopes Júnior (2021, p. 992) elenca algumas regras que emanam do referido dispositivo:

Nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva; nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá haver decretação de medida cautelar diversa; nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, e exista uma das situações dos incisos II ou III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva (nestes casos, é imprescindível uma leitura sistêmica e, principalmente, à luz da proporcionalidade, como explicaremos ao tratar desses incisos na continuação).

Pois bem, o fato é que mesmo que o crime doloso com pena máxima superior a 4 (quatro) anos for praticado, se não tiver presente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, nem será analisado esse último requisito, uma vez que não haverá possibilidade de decretação de prisão preventiva. O mesmo ocorrerá se o caso não se encaixar em uma das hipóteses de admissibilidade previstas no art. 313 do Código de Processo Penal.

b) Investigado ou acusado condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal

No caso do inciso II, do art. 313 do Código de Processo Penal, caberá a prisão preventiva se o acusado ou investigado já tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado.

É importante fazer novamente uma ressalva acerca deste inciso, visto que o próprio dispositivo deixa bem claro que não basta que o acusado/investigado seja tão somente reincidente, mas há também a exigência de que seja uma reincidência específica em crime doloso. Ademais, como afirmou o autor Renato Brasileiro de Lima (p. 1076, 2020): “(...) hipótese em que sua prisão preventiva poderá ser decretada independentemente da quantidade de pena cominada ao delito”.

Há uma discussão doutrinária travada acerca da inconstitucionalidade ou não deste inciso, em que o autor Aury Lopes Júnior (p. 998, 2020) argumenta pela inconstitucionalidade, alegando, em suas palavras, que:

Autorizar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, **no fato de ser o réu ou indiciado reincidente é uma interpretação equivocada**, até porque viola presunção de inocência (estabelece uma “presunção de culpabilidade” por ser reincidente), a proporcionalidade e a própria dignidade da pessoa humana. (grifo nosso)

Ademais, o inciso ainda continua em vigor e ainda cumpre o papel de limitar a incidência da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro.

c) Quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência

Este dispositivo, situado no art. 313, inciso III do Código de Processo Penal, admite a decretação de prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar não somente contra a mulher, mas também contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, tendo como objetivo principal a garantia da execução das medidas protetivas de urgência.

Analisando a redação do referido inciso, percebe-se que o mesmo não deixou claro se a decretação da prisão preventiva seria cabível tanto para os crimes dolosos quanto para os crimes culposos. Diante disso, o autor Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1077) buscou fazer uma interpretação acerca deste inciso, vale citar trecho da sua obra:

Não obstante, se o inciso III do art. 313 **pressupõe a prática de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é evidente que referido crime só pode ter sido praticado dolosamente.** Afinal, se se trata de violência de gênero, deve ficar evidenciada a consciência e a vontade do agente de atingir uma das vítimas vulneráveis ali enumeradas, assim como sua intenção dolosa de violar as medidas protetivas de urgência, o que não resta caracterizado nas hipóteses de crimes culposos. (grifo nosso)

Em conformidade ao que foi posto acima, nos casos de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra aqueles dispostos no inciso já citado, é evidente que o delito só pode ter sido praticado de forma dolosa. O dispositivo trata de vítimas vulneráveis, o que implica dizer que deve ser clara e nítida a consciência e a vontade do autor de atingi-las. Além de comprovar também a intenção de violar as medidas protetivas de urgência, uma vez que essa norma busca proteger justamente a execução das medidas protetivas de urgência, que estão listadas no art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

d) Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento

Por fim, tem-se o §1º, do art. 313, do Código de Processo Penal, que se trata do último limite de incidência da prisão preventiva. Segundo ele, se houver alguma dúvida acerca da identidade civil do imputado ou o não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento, poderá ser decretada a prisão preventiva.

O indivíduo deve apresentar os documentos para que o mesmo possa ser identificado, caso não apresente, o suspeito será submetido à identificação criminal (se for essencial às investigações policiais, conforme consta no art. 3º, inciso IV da Lei nº 12.037/2009). Sendo assim, posteriormente à identificação criminal, se for necessária, a prisão preventiva poderá ser decretada.

Vale destacar que, há casos em que, mesmo apresentando o documento de identificação, poderá ocorrer a identificação criminal e possivelmente a decretação da prisão preventiva. O art. 3º da Lei nº 12.037/2009 elenca os casos:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Em síntese, nos casos em que há dúvida sobre a identidade civil da pessoa e esta não fornecer elementos suficientes para esclarecer a sua identidade, a prisão preventiva poderá ser decretada. E, como foi posto acima, ela também pode ser decretada quando o documento apresentado não for suficiente para confirmar a sua identidade.

Por conta da forma como se dá a limitação trazida por este dispositivo, há uma discussão doutrinária acerca do desvio da natureza da prisão quando decretada com base nesse preceito legal. Para o autor Renato Brasileiro (p. 1080, 2020), não se trata de uma espécie de prisão preventiva, pois:

Funciona, na verdade, como verdadeira condução coercitiva do investigado (acusado) para fins de investigação criminal. Deveras, como será exposto no Capítulo IX (“Das medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão”) deste Título, mais precisamente no item 11 (“Condução coercitiva”), por meio da medida cautelar prevista no art. 313, §1º, do CPP, o indivíduo é privado de sua liberdade de locomoção pelo lapso temporal estritamente necessário para que seja identificado, após o que o

próprio dispositivo legal determina que seja colocado em liberdade. Logo, sem embargo de o próprio dispositivo fazer uso do termo prisão preventiva, cuida-se de verdadeiro mandado de condução coercitiva.

Então, estão aqui os quatro limites de incidência da prisão preventiva, que devem ser sempre analisados em conjunto com a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

3 CONCEITO DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SEGUNDO A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

Como é cediço, prisão trata-se de *ultima ratio* e, no caso, a privação de liberdade pela prisão preventiva só pode ocorrer quando presentes os requisitos constantes do art. 312 e 313 do Código de Processo Penal e, ainda, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, conforme dispõe o art. 282, §6º do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, conforme prevê o art. 312 do Código de Processo Penal, a garantia da ordem pública se constitui como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva do acusado. Ocorre que o termo “ordem pública” citado pela legislação penal processual se limitou a uma mera menção, ou seja, não foi explicado pelo legislador sobre o que seria “ordem pública”. Afinal de contas, o que seria “ordem pública”?

Diante das controvérsias e diversos debates ao redor dessa expressão indeterminada, foi assumido pela doutrina e pela jurisprudência a função de tentar explicar como utilizar e aplicar no dia a dia dos tribunais a chamada “prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública”.

Portanto, diante da extrema relevância da discussão no presente trabalho acadêmico, este capítulo buscará abordar os diversos conceitos que permeiam o termo ordem pública, as discussões doutrinárias que existem acerca do tema e as tentativas jurisprudenciais de criar a utilização mais adequada.

Além disso, também disporá a respeito dos limites da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, situações consolidadas que, em um momento anterior, eram utilizadas como fundamento para decretar a prisão preventiva e atualmente não são mais, fruto de uma discussão longa e que até hoje não acabou, visto que o conceito ainda é motivo de controvérsias.

3.1 Conceitos doutrinários

Inúmeros doutrinadores durante o lapso temporal de existência desse requisito têm se questionado, debatido e criado diferentes conceitos para fundamentar a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Entretanto, apesar de todos os esforços, é possível observar que não há uma consensualidade entre eles, ou seja, o termo, por se mostrar abstrato e indeterminado, impede que seja consolidado um conceito de forma objetiva.

Diante das tentativas, Fernando Capez e Rodrigo Colnago (2017, p. 318) limitam-se a dizer que garantir a ordem pública é simplesmente impedir novos crimes durante o processo. Portanto, para os referidos juristas, a ordem estaria abalada caso o autor, solto, voltasse a cometer crimes.

No mesmo sentido da ideia posta primeiramente, entende Flávio Cardoso de Oliveira (2014, p. 207): “(...)diz respeito à periculosidade do agente que, solto, poderá continuar a delinquir. Busca-se, então, acautelar a sociedade da prática de novos crimes por determinada pessoa”.

Pelo exposto percebe-se que os autores se posicionam no sentido de uma aplicação simplória, subjetiva, baseada em achismos e na hipotética possibilidade de cometimento de novos crimes.

Capez (2021, p. 1729), em obra solo, entende que a garantia da ordem pública se revela na necessidade de:

assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto a visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal (...). (...) na periculosidade do agente, demonstrado pelo *modus operandi* mediante qual o delito foi praticado.

Walfredo Cunha Campos (2014, p.198), por sua vez, afirma a justificativa da prisão pela ordem pública pode ser utilizada quando existem circunstâncias além do crime discutido no processo, como os antecedentes:

A prisão é decretada em virtude de o acusado demonstrar periculosidade social, evidenciada quer pelas circunstâncias concretas do crime, pelo fato de participar de organizações criminosas, ou ainda, por possuir diversos antecedentes, a indicar que, **provavelmente, voltará a delinquir**; em todas essas situações é legítima a decretação da prisão preventiva com a finalidade de se acautelar o meio social. (grifo nosso)

O posicionamento do autor, conforme visto, é lastreado também em hipóteses extremamente amplas, além de serem dotadas de cargas de subjetivismo, de forma que o simples achismo justificaria a privação de liberdade do indivíduo, a qual deveria, pela principiologia processual penal, ser a *ultima ratio*.

O autor Renato Marcão (2016, p. 782), por seu turno, baseia a possibilidade de restrição de liberdade cautelar na intraquilidade social e risco às instituições, alegando que a: “(...) fundamentação da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública deve lastrear-se na intranquilidade social causada pelo crime, a ponto de colocar em risco as instituições democráticas”.

Antônio Mossin (2013, p.732) , no mesmo sentido, afirma que uma estremeção na ordem pública traduz-se em intranquilidade no meio social mas ressalta que não guarda interesse com a ordem processual, não podendo ser a desordem neste caso causa justificadora para decretação da preventiva:

Ordem pública é a paz, **a tranquilidade no meio social**. Assim, a prisão preventiva deve ser decretada para garantir a paz coletiva. (...) Por outro lado, não caracteriza a situação sublinhada quando estiver o indiciado ou réu ameaçado por familiares da vítima, pela própria vítima, pela população.(...) **A garantia da ordem pública, por não guardar interesse algum de ordem processual, não deveria constituir hipótese autorizadora dessa medida cautelar.** (grifo nosso)

Eugênio Pacelli (2018, p. 565) também reconhece que a ordem pública pode ser utilizada como justificativa em hipóteses de intranquilidade social e ressalta que esse caso de prisão não se dirige a proteger o processo penal e sim 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. Mas acrescenta, ainda, crítica dura ao termo ordem pública, reconhecendo a difícil conceituação:

A se lamentar – e muito – que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas alterações em matéria de prisão e de medidas cautelares, tenha se mantido a expressão garantia da ordem pública e econômica (...) . **A expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícilíssima definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem.** (grifo nosso)

Antônio Alberto Machado (2014, p. 605-606) entende que o termo garantia da ordem pública é realmente muito amplo e por isso talvez seja o pressuposto mais polêmico. Mas restringe a ideia de ordem pública, de forma que, para ele, poucas situações poderiam ser consideradas uma ameaça, de forma que essa só ocorreria em hipóteses de abalo ao funcionamento da coletividade e da convivência humana:

Essa ameaça à ordem, na verdade, deve corresponder a situações, condutas e fatores que sejam **potencialmente capazes de desencadear algum distúrbio social**, cuja dimensão seja mesmo **suficiente para abalar o funcionamento normal da coletividade e pôr em risco a convivência harmoniosa** e a segurança das pessoas naquele momento de sua ocorrência. A ameaça capaz de abalar a ordem pública **há de ser aquela que atinge e abala toda a coletividade, e não apenas os atingidos direta ou indiretamente pelo fato delituoso**. Isso significa que **poucas situações poderiam configurar verdadeira ameaça à ordem pública** como algo decorrente da liberdade do réu ou indiciado. (grifo nosso)

A posição do autor evidencia-se como mais restrita, porém ainda com grande presença de subjetividade, o que mantém a possibilidade de o magistrado atuar de forma discricionária, com suas próprias interpretações e convicções do que seria adequado ao caso, gerando um prejuízo ao réu.

De maneira diversa dos autores citados, Vicente Greco (2015, p. 792) utiliza-se inclusive de sentimentalismo e características relacionadas à personalidade que geram repulsa social para definir em quais situações seriam possíveis decretar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública:

É garantia da ordem pública, porém, a necessidade de reposta criminal que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do gente em liberdade. Caberá ao juiz distinguir tais situações.

E ainda abrange de forma desmedida o termo ao afirmar que:

(...) a garantia da ordem pública, em verdade, abrange a garantia da ordem econômica, a necessidade da instrução criminal e a segurança da aplicação da pena, porque estas, são, também, interesses de ordem pública.

Ou seja, o autor, além de envolver sentimentos e repulsa social, afirma que todos os demais fundamentos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal também se enquadrariam em garantia da ordem pública. Portanto, subentende-se que, para ele, qualquer destas situações abrangeria o termo, fazendo com que esse se adquira um leque de possibilidades sem precedentes.

Aury Lopes Júnior (2018, p. 637) em sua obra tece fortes críticas ao emprego do vocábulo: “(...)por ser um conceito vago, indeterminado, presta -se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante (...). Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer...”. O autor, de fato, aponta de forma resumida o que ocorre na realidade dos tribunais.

Ante o exposto, pode-se concluir que apesar dos inúmeros conceitos aqui expostos, não foi possível chegar a um consenso sobre o fundamento ordem pública. Alguns autores justificam na periculosidade do agente, outros na manutenção das instituições, outros em sentimentalismos e crueldade do agente, outros na personalidade, repulsa social, *modus operandi*, soma de fatores, dentre outros.

O que pode-se concluir, de fato, é que não existe uma pacificidade sobre a expressão garantia da ordem pública e que a situação geram extensas, constantes e prejudiciais controvérsias sobre utilização do instituto.

3.2 Conceitos jurisprudenciais

Conforme demonstrado acima, a doutrina, durante toda sua construção, vem tentando entrar em um consenso e consolidar o conceito de garantia da ordem pública, isto é, sob qual justificativa seria possível decretar a prisão preventiva de um réu ou investigado com base na necessidade de garantir a ordem pública. Porém, apesar dos esforços, é claro e evidente que não existe um conceito consolidado do fundamento.

Assim como a doutrina, a jurisprudência dos tribunais brasileiros também busca em seu dia a dia e prática judiciária construir o conceito e os motivos que se enquadrariam na imposição ao indivíduo da privação de liberdade através da decretação da prisão preventiva como forma de garantir ordem pública.

Diante disso, nesse momento serão apresentados os posicionamentos dos tribunais em relação aos principais significados e elementos já atribuídos ao termo “ordem pública” e sua fundamentação para imposição da prisão cautelar.

a) Gravidade em abstrato e em concreto do crime

Inicialmente, os tribunais superiores entendiam que a gravidade em abstrato do delito seria capaz, por si só, de embasar a decretação da prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública. Entretanto, está caminhando no sentido de que esse critério, por si só, não é capaz de fundamentar a privação de liberdade:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. **1. A gravidade abstrata do crime não serve à fundamentação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.** 2. Agravo regimental em habeas corpus improvido. (AgRg no HC 305.379/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015) (grifo nosso)

Nessa linha, os tribunais vêm firmando entendimento de que a gravidade em concreto do delito, por outro lado, seria motivo suficiente para decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E CORRUPÇÃO DE MENOR. PRISÃO PREVENTIVA. CONTEMPORANEIDADE ENTRE O FATO CRIMINOSO E A DECISÃO DE PRONÚNCIA. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE JUSTIFICARAM A SEGREGAÇÃO INICIAL. EMBARGANTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. **CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.** EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal – CPP. 2. No caso em apreço, não se constata omissão quanto à análise da contemporaneidade entre o fato criminoso e a decisão de pronúncia que manteve a custódia cautelar do embargante, porquanto na sentença de pronúncia o Magistrado declinou os fundamentos para manutenção da prisão preventiva, que foram devidamente analisados no acórdão embargado. A título de obter *dictum*, cumpre informar que ambas as Turmas que julgam matéria criminal neste Superior Tribunal de Justiça entendem que por ocasião da sentença de pronúncia, admite-se como fundamento da prisão preventiva, a permanência dos motivos que ensejaram a sua decretação, podendo, inclusive, realizar motivação *per relationem*. 3. Razão assiste a defesa quanto à omissão apontada atinente a um dos fundamentos da prisão preventiva, pois consta no boletim individual do embargante apenas um apontamento criminal pelo delito de tráfico, do qual foi absolvido. Todavia, a custódia cautelar foi fundamentada também nas circunstâncias do delito, porquanto o embargante supostamente matou a vítima, mediante disparos de arma de fogo, em retaliação e vingança por a vítima ter delatado o seu envolvimento com o tráfico de drogas, o que demonstra risco ao meio social e justifica a manutenção da custódia cautelar. Impende consignar, por oportuno, que, conforme orientação jurisprudencial desta Corte, **o modo como o crime é cometido, revelando a gravidade em concreto da conduta praticada, constitui elemento capaz de demonstrar o risco social, o que justifica a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.** Precedentes. Nesse contexto, a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em efeito infringente aos aclaratórios. 4. Embargos declaratórios acolhidos para sanar o vício apontado, sem efeitos modificativos. (EDcl no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 134558 - BA (2020/0241269-0) RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK EMBARGANTE : DAVI PINTO MATOS (PRESO) ADVOGADO : FLORISVALDO DE JESUS SILVA - BA059066 EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA) (grifo nosso)

Evidencia-se que no critério utilizado, a concretude do delito, a forma como o agente agiu, levando em consideração inclusive o seu *modus operandi* seria determinante para avaliar o indivíduo e sua possível periculosidade.

Por outro lado, o julgamento no STJ do Agravo Regimental no HC 249050/MG justificou a imposição da custódia cautelar para garantia da ordem pública com base na gravidade concreta da conduta, a qual empregou violência física contra a vítima, acrescida de ameaça de morte, além de considerar a periculosidade do agente.

A decisão demonstra que foram considerados aspectos do caso concreto, evidenciando que não são utilizados parâmetros unânimes e o magistrado julga com sua convicção sobre o que ele acredita que demonstre desordem social.

b) Clamor público ou intranquilidade social

O chamado clamor público também já foi utilizado pela jurisprudência dos tribunais brasileiros como meio idôneo para justificar a necessidade de privação da liberdade do acusado tendo em vista a necessidade de garantir a ordem pública, conforme verificado abaixo:

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. SÚMULA 52-STJ. 1. É de manter-se decreto de prisão preventiva onde ficou demonstrada a materialidade dos delitos e indícios de autoria, registrando-se, outrossim, a existência de maus antecedentes do paciente e o **grande clamor público causado na comunidade local**, o que **autoriza a segregação cautelar para garantia da ordem pública**, a par do histórico de fugas ostentado pelo paciente. 2. Encerrada a instrução criminal, não há falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo. Aplicação da Súmula 52-STJ. 3. Ordem denegada (STJ - HC: 8194 MS 1998/0088281-2, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 23/02/1999, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.03.1999 p. 257) (grifo nosso)

Assim já decidiu o STJ: “... quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade da cautela” (RT, 656/374).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo também já decidiu: “Levando-se em conta a gravidade dos fatos, não está fora de propósito argumentar sobre a ocorrência de clamor público e temor da vítima, justificando a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública...” (RT, 691/314).

Clamor, por seu turno, de acordo com Dicionário Online de Português se trataria do efeito de clamar, além disso, “(...)do discurso, geralmente aos gritos, de quem faz um suplício, um protesto, uma reclamação etc; A gritaria tumultuosa de reprovação que expressa descontentamento: os clamores de uma multidão; Ação de reclamar ou pedir gritando”. No caso, o clamor público pode ser considerado como um pedido do povo, da população, dos indivíduos e, para o judiciário, um pedido dos cidadãos.

Levando isso em consideração, o clamor público, os pedidos do povo, pelo seu contexto de significado foi utilizado pelos tribunais como uma justificativa capaz de ensejar a privação de liberdade de um indivíduo como forma de garantir a ordem pública.

c) Descrédito da justiça/credibilidade da justiça/instituições democráticas

A necessidade de garantir a credibilidade da justiça e das instituições democráticas tratam-se de outros motivos que geram diversas discussões acerca da sua aplicabilidade para fundamentar a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Conforme citado anteriormente, autores como Fernando Capez (2021, p. 1729) e Renato Marcão (2016, p. 782) defendem que a restrição de liberdade para garantia da ordem pública pode ser embasada na necessidade de evitar um descrédito da justiça e garantir a estabilidade das instituições democráticas.

A jurisprudência já mostrou posicionamento concordante com a doutrina, conforme o precedente a seguir: “A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto a visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal” (HC 98.143, Rel Min Ellen Gracie, DOU 27/06/2008).

Entretanto os tribunais, em suas últimas decisões, vem se posicionando no sentido de que seria inviável justificar a prisão cautelar sob o fundamento de garantir a ordem pública através da necessidade de credibilizar as instituições, contrariando e gerando maiores confusões para a aplicação do instituto:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CPP. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. REPERCUSSÃO SOCIAL DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO. 1. Diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a prisão cautelar só pode ser decretada ou mantida com fundamentação baseada em dados concretos relacionados com os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, e não apenas na gravidade abstrata do crime ou em considerações genéricas acerca da conveniência da instrução criminal, **sobre a credibilidade do Poder Judiciário** e a repercussão social gerada pelo suposto delito. [...] (RHC 48.974/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, Dje 19/08/2014) (grifo nosso)

Observa-se, no caso, que há um embate entre parte da doutrina e a jurisprudência, o que pode gerar dúvidas aos aplicadores do direito, em especial os magistrados, os quais por muita das vezes embasam as suas decisões em posicionamentos doutrinários, tendo em vista que esses consistem em uma fonte importantíssima do direito.

Portanto, existe a evidente necessidade de que haja uma pacificação do tema entre a jurisprudência e a doutrina tendo em vista a obrigação de garantir a segurança jurídica aos indivíduos. Aury Lopes Júnior (2016, p. 530) critica veementemente a utilização da justificativa aqui elencada.

d) Inquéritos policiais e ações judiciais em andamento

A Suprema Corte, ainda, tem se posicionado no sentido de que inquéritos policiais e ações judiciais em andamento em desfavor do acusado ou investigado seriam capazes de ensejar a restrição de liberdade individual com base na necessidade de garantir a ordem pública. Senão, veja-se:

(...)2. Os fundamentos utilizados para decretar a prisão preventiva não se mostram ilegais ou desarrazoados, especialmente porque ressaltado, pelas instâncias ordinárias, que o Paciente **possui ações penais em andamento** pelos crimes de ameaça, resistência e homicídio, circunstâncias aptas a justificar, a princípio, a imposição da medida extrema para a garantia da ordem pública, pois tais fatos revelam o risco concreto de reiteração delitiva do Recorrente. 3. A existência de maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, **inquéritos ou mesmo ações penais em curso denota o risco de reiteração delitiva e constitui fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar**. Precedentes.” (RHC 105.591/GO, j. 13/08/2019) (grifo nosso)

Verifica-se que a Suprema Corte, desacreditando o Estado Democrático de Direito e no princípio da presunção de inocência, encontra fundamento em inquéritos policiais e ações em andamento para justificar a segregação cautelar, circunstâncias essas que não deveriam sequer serem consideradas como maus antecedentes, conforme dispõe a própria Súmula n° 444 do Superior Tribunal de Justiça e, ao contrário, são utilizadas para fundamentar prisão em virtude da probabilidade de reiteração delitiva. A *ultima ratio* é utilizada de maneira inversa, como primeira opção.

Conforme exposto acima, é incoerente e desarrazoado que, mesmo após o Superior Tribunal de Justiça editar a Súmula n° 444 vedando a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, o Poder Judiciário ainda se utilize dos mesmos inquéritos policiais e ações penais em curso para fundamentar uma decretação de prisão preventiva.

Portanto, a utilização de inquéritos e ações judiciais em andamento como motivo justificador para decretação da prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública têm sido utilizados nos tribunais, todavia, é nítida a contradição com a linha de raciocínio do próprio entendimento sumulado, o qual procura se basear na presunção de inocência, que é princípio norteador do Código de Processo Penal.

e) Periculosidade do agente

A periculosidade do agente, conforme será demonstrado, é um dos fundamentos mais utilizados pelos magistrados para imposição de privação de liberdade para garantir a ordem pública.

Entretanto, por seu turno, é duramente criticado por parte da doutrina devido sua abstratividade, ou seja, de que forma seria possível averiguar a periculosidade de um agente?

O julgado a seguir, por exemplo, demonstra a utilização de periculosidade de forma abstrata, sem a explicação sobre o que caracterizaria o termo:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS SEUS REQUISITOS. RECURSO NÃO PROVIDO. Havendo elementos de convicção a indicar a necessidade da preservação da prisão preventiva do recorrente, a fim de assegurar-se a ordem pública, tendo em vista a sua **alta periculosidade**, fartamente evidenciada na decisão atacada, não há como prosperar o pedido de revogação da custódia. Recurso ordinário não provido STF, RHC 94.740/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 10.03.2009, DJ 02.04.2009. (grifo nosso)

Por outro lado, conforme demonstrado no item “a”, em um momento o *modus operandi* do agente é utilizado para fundamentar a decretação da prisão preventiva devido a gravidade do crime em concreto, porém o mesmo contexto é usado para justificar a periculosidade do indivíduo:

HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CLAMOR PÚBLICO. REPERCUSSÃO MÍDIÁTICA DO CASO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU QUE SE APRESENTOU ESPONTANEAMENTE 24 HORAS DEPOIS DO DELITO. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA TÃO-SOMENTE APÓS A EXPEDIÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se a concreta situação dos autos evidencia a necessidade de acautelamento do meio social. 2. Quando da maneira de execução do delito sobressair a **extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública**. 3. O fundamento da fuga do paciente do distrito da culpa tem a força de preencher a finalidade do artigo 312 do CPP, no ponto em que autoriza a prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal. 4. Ordem denegada (STF, HC 94.979/TO, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 09.09.2008, DJ 03.04.2009) (grifo nosso)

Assim, o *modus operandi* explica a periculosidade do agente ou a gravidade em concreta do delito? Percebe-se que não há consenso.

A periculosidade é, ainda, apurada pelos julgadores de acordo com o possível risco de reiteração delitiva:

[...] a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a periculosidade do agente evidenciada pelo *modus operandi* e pelo **risco de reiteração delitiva**, motivo idôneo para a custódia cautelar. [...]. (HC 123304, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014) (grifo nosso)

Mas de que forma seria possível saber se o agente, solto, cometeria ou não novos delitos? Novamente, subjetivos. São verdadeiros achismos, conjecturas.

Observa-se, portanto, que não existe um consenso acerca do que ensejaria a certeza de periculosidade do agente. Em certos momentos os magistrados se baseiam apenas no abstrativismo de citar de forma geral o termo, em outros o *modus operandi* é utilizado (o qual também é citado como motivo ensejador de outras características). Em outras situações é falado acerca da periculosidade como sendo representada pela possibilidade de reiteração delitiva. Logo, a periculosidade do agente, para os tribunais superiores, possui várias possibilidades de caracterização.

f) Integridade física do acusado

Para além de situações relacionadas a atitudes do próprio agente, os tribunais já se embasaram na imposição da restrição de liberdade ao acusado em virtude da necessidade de garantir a sua própria integridade física, conforme observa-se no julgado abaixo:

RECURSO DE "HABEAS CORPUS". PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. CRIME HEDIONDO. EXCESSO. PRAZO. FORMAÇÃO DA CULPA. LEGÍTIMA DEFESA. EXAME. PROVA. 1. A inaudita brutalidade de que se revestiu o crime, importando, inclusive, na ameaça de linchamento, justifica como lançado pelo juiz "a quo", **o decreto de prisão preventiva vez, porquanto o Poder Público tem o dever de assegurar a integridade do acusado**, como meio de garantir a aplicação de lei penal e, também, **a manutenção da ordem pública**. 2. A apreciação da incidência da excludente de legítima defesa importaria em exame do conjunto fático-probatório, vedado na via eleita. 3. Quanto ao excesso de prazo incide a Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o atraso ocorreu em face da nomeação de defensor, providência de interesse do acusado. 4. Recurso improvido. (RHC 8189/SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 22.03.99) (grifo nosso)

Em alguns casos, os tribunais já justificaram a prisão preventiva alegando a garantia da integridade física do acusado por ter sido “jurado de linchamento”, *in verbis*:

Recurso criminal interposto pelo representante do Ministério Público contra despacho de que revogou decreto de prisão preventiva. **Decisão que decretou a custódia embasada, tão-somente, na garantia da ordem pública, como forma de garantir a própria integridade física do acusado, pois "jurado de linchamento"**, sem que fossem analisados os argumentos expendidos no pedido formulado pelo Ministério Público. Inviabilidade de restabelecimento daquele decreto, em face da ausência de

motivação válida. Recurso não provido. (TJ-SC - RCCR: 234732 SC 2004.023473-2, Relator: Maurílio Moreira Leite, Data de Julgamento: 08/09/2004, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Recurso criminal n. 04.023473-2, da Capivari de Baixo.) (grifo nosso)

O mesmo argumento é utilizado no voto do Relator Min. Gilmar Mendes nos autos do HC 85.298-0 do Estado de São Paulo, no qual o ilustríssimo ministro consignou algumas das circunstâncias que consideravam ensejadoras da restrição de liberdade com relação ao tema ordem pública, veja-se:

Com relação ao tema garantia da ordem pública, faço à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº. 88.537/BA acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Naquela assentada, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: **a) a necessidade de resguardar a integridade física do paciente;** b) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar e; c) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal (STF, HC 85.298-0/SP, PRIMEIRA TURMA, RELATOR ORIGINÁRIO: MIN. MARCO AURÉLIO, RELATOR PARA O ACORDÃO: MIN. CARLOS BRITTO, D.J.04.11.2005) (grifo nosso)

Nesse contexto, observa-se que os tribunais consideram como uma das funções do Poder Judiciário assegurar a integridade física do acusado, motivo esse que ensejaria a prisão cautelar com base na garantia da ordem pública.

g) Comportamento reiterado

A prática reiterada de delitos pelo agente também tem sido empregada pelos tribunais com fundamento para decretação da prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública. Ou seja, a reincidência está sendo aplicada como legitimadora para restrição da liberdade.

Dessa forma, observa-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA EM CRIMES DA MESMA NATUREZA E CONTRA O PATRIMÔNIO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA. 1. A tese referente ao excesso de prazo da prisão cautelar não foi levantada nem examinada pelo eg. Tribunal de origem, o que caracteriza supressão de instância. 2. A validade da segregação cautelar

está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste o *periculum libertatis*. 3. **No caso, a decisão que impôs a prisão preventiva apontou que o paciente é reincidente (consta a prática anterior dos crimes de tráfico de entorpecentes e roubo), circunstância que evidencia sua reiterada atividade delitiva.** Assim, faz-se necessária a segregação provisória como forma de acautelar a ordem pública. 4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (STJ - HC: 374899 SP 2016/0271300-4, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 15/12/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2017) (grifo nosso)

Nesse contexto, tem-se mais uma hipótese elencada pelos tribunais como ensejador de um abalo na ordem pública e conseqüentemente ensejador de restrição de liberdade.

Pode-se concluir através de todo o exposto que os tribunais, após a possibilidade de utilizar a ordem pública como justificador da restrição de liberdade de um investigado ou réu, vem utilizando diversos conceitos criados pelos próprios magistrados. Ou seja, não existe um consenso ou uma forma de aplicação unânime entre os julgados. É possível observar através das jurisprudências elencadas acima que já foram utilizados diversos tipos de expressões, características e termos para explicar qual seria a forma de garantir a ordem pública.

O fato é que não há concordância entre doutrina e jurisprudência, bem como dentro da própria classe dos julgadores e doutrinadores.

3.3 Os limites da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública

Apesar da forma, já demonstrada, subjetiva, abstrata e indefinida do termo ordem pública, a qual aparece no art. 312 do Código de Processo Penal como requisito justificador para decretação da prisão preventiva, a doutrina e a jurisprudência já tem estabelecido alguns limites para sua utilização. Isto é, casos específicos que não podem ser utilizados pelos julgadores como um motivo de ordem pública.

Inicialmente, os Tribunais Superiores e a doutrina já firmaram o entendimento de que a prisão preventiva não pode ser justificada pela necessidade de proteção do acusado. Ocorre que, anteriormente, a jurisprudência brasileira entendia que o aprisionamento cautelar poderia ocorrer para garantir integridade física do acusado.

A mudança de pensamento se deu através da acertada conclusão de que proteção da integridade física do indivíduo é dever, unicamente, da segurança pública, conforme ressalta com veemência Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1274):

(...) o Estado tem a obrigação de garantir a integridade física e mental do acusado.

Segregá-lo, cautelarmente, **a fim de assegurar sua integridade física e mental, significa o completo desvirtuamento da tutela cautelar**, em evidente desvio de finalidade. Significa o reconhecimento da incompetência dos poderes constituídos, colocando sobre os ombros do suspeito todo o ônus da desídia do Estado em manter a ordem e a paz no seio da sociedade. (grifo nosso)

No mesmo sentido segue a jurisprudência dominante:

HABEAS CORPUS. LEGÍTIMA DEFESA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PREVENTIVA. PRISÃO FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. Para análise da alegada legítima defesa, seriam necessárias aprofundadas análise e valoração de provas, inviável no rito do habeas corpus. 2. A gravidade da ação criminosa, o clamor social e **a revolta de populares contra o acusado não são motivos idôneos para a prisão cautelar. Ninguém pode ser preso para sua própria proteção**. 3. Depoimentos de policiais favoráveis à personalidade e à conduta do réu no momento da prisão em flagrante, no sentido do não oferecimento de qualquer resistência, conduzem à caracterização do constrangimento ilegal contra sua liberdade. 4. Ordem concedida. Prejudicado o agravo regimental. (STF - HC: 100863 SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 04/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 04022010 PUBLIC 05- 02-2010 EMENT VOL- 0238802 PP-00286) (grifo nosso)

Aury Lopes Júnior (2018, p. 637), em sua obra, ressalta que decretar prisão cautelar “para garantia da integridade física do imputado, diante do risco de ‘linchamento’, atualmente predomina o acertado entendimento de que é incabível. Prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável”.

Desta forma, percebe-se que a imposição da prisão preventiva sob justificativa de que o acusado deve ser protegido foge totalmente da finalidade do instituto, de forma que este é destinado a tutelar o processo, a investigação criminal, bem como a sociedade, e não a integridade física do indivíduo em questão, função esta que é do Estado ou ainda, do próprio indivíduo, como relembra o autor Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 587):

(...) não autoriza a decretação da prisão preventiva a alegação de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto da vingança de terceiros, inclusive de parentes da vítima. **Cabe ao indiciado ou réu procurar a melhor maneira de se proteger, se for o caso**, mas não se pode utilizar a custódia cautelar para esse mister. (grifo nosso)

O clamor popular e a credibilidade da justiça são outros fatores já consolidados quanto a não plausibilidade para justificar a privação de liberdade. Inicialmente, os tribunais utilizavam argumento do clamor popular por justiça como um fator de ordem pública e assim imposição da prisão preventiva. Ou seja, era fundado no fato de o crime ter chamado atenção da mídia, bem como da população, de forma que prisão serviria como uma resposta ao povo e

preservaria os créditos da justiça.

Entretanto, entende o autor Fernando Capez (2017, p.312) que o clamor popular, que seria a alteração emocional provocada pela repercussão de um crime, não autoriza, por si só, a custódia cautelar, pois não justifica o *periculum in libertatis*. Afirmando, ainda, que: “(...) Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva”.

Luís Regis Prado (2018, p. 149) critica o anterior entendimento adotado e afirma que clamor popular não tem o condão de preencher o conceito de ordem pública, pois o instituto não tem o sentido de vingança e pode ser influenciado por interesses privados. E, além disso, aponta que a credibilidade da justiça deve estar, por seu turno, pautada em respeitar a Constituição, em cumprir garantias e lidar de forma célere com o processo.

Da mesma forma pacificou Supremo Tribunal Federal:

O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. **O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu** (STF, HC 80.379/SP, 2a T., rel. Min. Celso de Mello, j. 18-12-2000, DJ de 25-5-2001, p. 11; STF, HC 95.839/ PE, 2a T., rel. Min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, DJe 204, de 25-10-2010; STF, HC 115.613/SP, 2a T., rel. Min. Celso de Mello, j. 25-6-2013, DJe 155, de 13-8-2014) (grifo nosso)

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela ilegalidade da decretação da prisão preventiva com base no clamor pública e na credibilidade da Justiça, conforme julgado abaixo:

AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime, na conveniência da instrução criminal, por morar o réu em outra comarca, e na necessidade de garantia de aplicação da lei penal, para evitar o desaparecimento do acusado. Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Inexistência de elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo, ou de fatos que representem risco à aplicação da lei penal. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. **É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça**, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato, bem como aquele fundado na conveniência da instrução criminal ou na garantia de aplicação da lei penal, sem elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo ou de risco de fuga do acusado. 2. HABEAS CORPUS. Ação penal. Pronúncia. Homicídio doloso. Desclassificação para a forma culposa. Necessidade de exame da prova. Questão dependente de cognição plena. Inadmissibilidade na via excepcional. HC denegado. Precedentes. Pedido de desclassificação de delito

proclamado em sentença de pronúncia não cabe no âmbito do processo de habeas corpus, quando dependa de reexame da prova. (STF - 98776 SC, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-03 PP 00546) (grifo nosso) (grifo nosso)

Portanto, é evidente que a decretação de prisão preventiva com base na aclamação popular e no desejo do Judiciário em atribuir créditos aos seus atos destoam completamente da função da prisão preventiva, a qual, como já explicado, é uma medida excepcional, deve possuir justificativa sólida e só pode ser aplicada quando for indispensável. As decisões fundamentadas em tentar denotar credibilidade ao sistema judiciário, na verdade, são uma afronta ao Código de Processo Penal e à dignidade da pessoa humana, uma vez que o indivíduo é colocado em cárcere para satisfazer um desejo de “justiça” e para atribuir “pontos” para o sistema judiciário.

Como sustenta, ainda, Aury Lopes Júnior (2018, p. 637):

A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor”. E acrescenta: “(...)é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas”.

Ainda como limite ao termo ordem pública como substrato para determinação da prisão preventiva, tem-se a potencialidade lesiva, ou também chamada de gravidade em abstrata do delito. Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1272-1273) explica que não é possível a decretação da preventiva tendo em vista a gravidade abstrata do delito pois essa característica, por si só, é uma circunstância inerente ao delito, ou seja, são elementos próprio da tipologia.

O raciocínio de Nucci (2016, p. 585), então, complementa a ideia pois entende que caso o julgador foque na avaliação abstrata do delito, a prisão preventiva se tornará obrigatória para inúmeras infrações, como por exemplo, as classificadas como hediondas, pois “(...) um homicídio qualificado é crime grave e hediondo, mas nem sempre, levando-se em conta as condições pessoais do agente, torna-se imprescindível a preventiva”.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores consolidou o posicionamento de que não é razoável a decretação de preventiva em nome da ordem pública apenas com base na gravidade em abstrato do delito:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE O TRAMITE PROCESSUAL. VEDAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE.GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. INTRANQUILIDADE E INSEGURANÇA SOCIAL. NECESSIDADE DE COIBIR PRÁTICA DE NOVOS ARGUMENTOS QUE NÃO SE PRESTAM

CRIMES. RÉU PRIMÁRIO. RESPALDAR CUSTÓDIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO ÓBICE. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese na qual se infere a falta de efetiva fundamentação dos julgados que mantiveram o encarceramento cautelar do condenado, tendo em vista que o apelo em liberdade foi vedado em razão da gravidade abstrata do delito e pelo fato de o réu ter respondido preso ao processo. II. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que é indispensável a presença de concreta fundamentação para o óbice ao direito de apelar em liberdade, com base nos pressupostos exigidos para a prisão preventiva, ainda que o réu tenha permanecido preso durante a instrução processual. III. A prisão preventiva 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 definitiva. **IV. A alegada gravidade do crime, afastada de qualquer circunstância concreta que não a própria prática supostamente delitiva, traz aspectos já subsumidos no próprio tipo penal, não sendo bastante para justificar a prisão para garantia da ordem pública, assim como para a aplicação da lei penal.** V. A simples menção aos requisitos legais da custódia preventiva, assim como à necessidade de manter a credibilidade da justiça e de coibir a prática de delitos graves, o clamor público e a intranquilidade e insegurança que a soltura poderia causar à comunidade, sem embasamento concreto, não se prestam a embasar a segregação acautelatória. VI. Hipótese na qual inexistente qualquer indício de que soltura do paciente possa colocar em risco a aplicação da lei penal, máxime se considerada a sua primariedade e os seus bons antecedentes, assim como o fato de não responder a outra ação penal. VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à negativa do direito do réu de apelar em liberdade, determinando a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta. VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ - HC: 241212 DF 2012/ 00901688 Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 26/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2012) (BRASIL, 2012b) (grifo nosso)

Portanto, isso significa que se o julgador levasse em consideração apenas a gravidade em abstrato do delito, sem uma avaliação concreta, diversos tipos penais seriam passíveis de decretação de preventiva, tendo em vista a carga de gravidade, como por exemplo, os crimes sexuais.

Logo, não se mostra razoável a segregação do indivíduo com fundamento unicamente no tipo penal, pois, caso assim fosse, a maior parte dos agentes que cometessem crimes descritos no Código Penal seriam encarcerados cautelarmente, tendo em vista que muitos são dotados de gravidade em sua própria literalidade.

Diante do exposto, é possível constatar que apesar de não existir uma unanimidade ou um consenso no meio doutrinário e jurisprudencial acerca de qual fundamento seria de fato idôneo para permitir a segregação cautelar para garantir a ordem pública, tem-se firmado motivos que, de fato, não poderão ser utilizados.

Portanto, mesmo não havendo um conceito consolidada acerca do que significa o termo “ordem pública”, hoje pode se afirmar que é pacífico na jurisprudência que o Poder Judiciário não pode decretar prisão preventiva com base no referido termo utilizando-se de

justificativas como a proteção da integridade física do acusado, o clamor popular, a credibilidade da justiça ou até mesmo a gravidade em abstrato. Parece pouco, mas já foi um grande avanço.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Com base em todo o exposto acerca das diversas discussões que envolvem a prisão preventiva e a ordem pública, vale destacar que a decretação da referida prisão com base neste fundamento pode ferir frontalmente diversos princípios constitucionais e processuais penais, como será exposto a seguir.

Porém, inicialmente, é necessário ressaltar que a tese sustentada nesse capítulo possui como embasamento a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Essa teoria possui três significados distintos, mas conexos entre si, conforme será demonstrado.

O primeiro significado releva o garantismo como “modelo normativo de direito”:

"Garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

O segundo significado de “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade”:

(...) designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" n direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

E o terceiro é intitulado como uma “filosofia política”:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2002, p. 685)

Esses três significados em conjunto acabam por formar uma teoria geral do garantismo:

O caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexas divergências entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes (FERRAJOLI, 2002, p. 686)

Depois dessa breve introdução acerca do garantismo de Ferrajoli, é importante ressaltar que o autor expõe em sua obra dois sistemas de grande valia para fundamentar a sua teoria.

Esses sistemas de direito e de responsabilidade penal são denominados e oscilam entre dois extremos opostos: “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”.

O “direito penal mínimo” quer dizer:

(...) **condicionado e limitado ao máximo**, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de **racionalidade e de certeza**. Com isso resulta **excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos**. Sob este aspecto existe um nexó profundo entre garantismo e racionalismo. **Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis (...)** (FERRAJOLI, 2002, p. 83-84) (grifo nosso)

Indo de encontro ao que preleciona o “direito penal mínimo”, o “direito penal máximo” aborda o inverso, na medida em que consiste em um modelo:

(...) incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua **excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas** e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da **ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação**. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, **sua máxima incerteza e irracionalidade**. (FERRAJOLI, 2002, p. 83-84) (grifo nosso)

A partir disso, Ferrajoli conclui em sua obra “Direito e Razão: Teoria do garantismo penal” (2002), que o direito penal e o processual penal deve ser norteado pelo “direito penal mínimo” buscando garantir a presunção de inocência e as liberdades individuais. Por isso, o autor cita a diferença entre o que é chamado de dois modelos de certeza relativa:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, **em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.** (FERRAJOLI, 2002, p. 84-85) (grifo nosso)

Conforme supracitado, a certeza obtida pelo “direito penal mínimo” se dá no sentido de que nenhum inocente seja punido injustamente, o que consequentemente garante diversos outros direitos individuais.

É nesse ponto que o presente trabalho se embasa, isto é, na busca em garantir os direitos fundamentais, baseando-se na presunção de inocência, na legalidade, garantia dos direitos individuais, segurança jurídica e manutenção da liberdade humana.

4.1 Da ausência de cautelaridade

Inicialmente, cumpre esclarecer que a prisão preventiva é uma medida extrema e de exceção. Diante disso, e de acordo com Código de Processo Penal, mais precisamente em seus arts. 312 e 313, a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando em consonância com os pressupostos e hipóteses legais elencadas pelos artigos mencionados.

O autor Renato Marcão (2016, p. 778) explica de forma minuciosa todos os requisitos para a decretação da referida prisão:

Como requisitos, em sentido amplo, podemos mencionar: 1º) os pressupostos indicados no art. 312, caput, parte final, do CPP; 2º) as hipóteses de cabimento, previstas no art. 313, I a III e parágrafo único, e no art. 312, parágrafo único, c.c. o art. 282, § 4º, todos do CPP; 3º) e as circunstâncias autorizadoras, listadas no art. 312, caput, primeira parte, do CPP.

Diante disso e analisando a função da prisão preventiva, é importante frisar que as finalidades da prisão preventiva são distintas e não tem relação com as funções da pena. A prisão preventiva é na verdade um instrumento para que o inquérito policial e o processo criminal tenham um andamento adequado. Com base nisso, Odone Sanguiné (2014, p. 152) sustenta que “(...) a prisão processual somente exhibe cautelaridade se e quando surge como instrumento imprescindível para o processo”. Dessa forma, somente possui natureza cautelar a prisão destinada a instrumentalizar a persecução penal.

Dessa mesma forma pensa o autor Aury Lopes Júnior (2017, p. 198), o qual afirma que:

As medidas cautelares não se destinam a fazer justiça, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.

O autor Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 83) também compartilha desta mesma linha de raciocínio, na medida em que afirma que é ínsita a característica da instrumentalidade à prisão cautelar “(...)na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório”.

Desse modo, conforme disposto pelos autores acima citados, resta claro que a prisão preventiva é medida a ser utilizada em caráter meramente instrumental (servir ao processo de conhecimento), na medida em que não se destina a fazer justiça, mas sim garantir o normal funcionamento dela.

Logo, quando se trata a respeito das finalidades ou pressupostos da prisão preventiva, especificamente a que trata o presente trabalho (garantia da ordem pública), é inegável que a mesma não está para garantir a instrumentalidade do processo penal, mas sim com o viés de punição ao acusado. No mesmo sentido aponta o autor Antonio Magalhães Gomes Filhos (1991, p. 68): “Parece evidente que nessas situações a prisão não é um instrumento a serviço do instrumento, mas uma antecipação da punição ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade”.

Odone Sanguiné é um dos autores que entende que a prisão preventiva com este fundamento não é dotada de fundamentação cautelar, admitindo que a mesma é uma evidente modalidade de cumprimento antecipado de pena. Em suas palavras, destaca que:

(...) a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir. (SANGUINÉ, Odone, 2014, p. 114)

Tais funções de prevenção geral elencadas acima jamais podem ser buscadas na via cautelar, uma vez que além de serem exclusivas de uma pena, supõe a presença de uma sentença transitada em julgada e um processo judicial válido (LOPES JÚNIOR, 2017, p.203-205).

Ademais, de acordo com o exposto no capítulo anterior, sabe-se que o conceito de

“ordem pública” é vago e impreciso. Sendo assim, o que parece é que se trata de um fundamento que é utilizado quando não há outro disponível para fundamentar a decretação da prisão. Vale citar novamente o autor Aury Lopes Júnior (2017, p.199):

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: **uma autorização geral e aberta para prender**. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas **cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes**. (grifo nosso)

Conforme o mencionado, a linha de pensamento a ser seguida aqui é a de que já está mais que na hora de ser reexaminada a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, tema dos mais controvertidos nos tribunais e até mesmo na doutrina. Analisar os motivos pelos quais o art. 312, em pleno século XXI, insiste em manter expressão sem nem ao menos consolidar um conceito.

É dessa mesma forma que pensa o autor Eugênio Pacelli (2018, p. 590):

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 inquietude social. (grifo nosso)

Nos dizeres do autor mencionado, torna-se evidente que o mesmo buscou esclarecer que o referido fundamento que aqui é discutido não é destinado a proteger o processo penal enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Muito pelo contrário, está a ser utilizado de forma desenfreada e ilegal, voltado para a função de proteção da coletividade.

O fundamento da ordem pública está sendo utilizado sempre que não há como encaixar a situação concreta nos outros fundamentos (ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal), o que ocasiona uma desvirtuação da sua real função, visto que não está sendo encarada como uma medida preventiva de caráter excepcional. O autor Luís Régis Prado (2018, p. 213) leciona acerca do tema:

Reafirmar a Constituição Federal é garantir manutenção ao máximo da higidez dos direitos fundamentais e das garantias e uma necessidade, assim como o **acionamento da prisão preventiva em caráter excepcional (não como regra) que não decorre de ser medida cautelar** e sim da lógica do processo combinada com dizeres constitucionais vinculantes e históricos. **Com isso, uma mudança de panorama**

deve se construir com a legalidade (acionando somente medidas cautelares pessoais previstas em lei e bem construídas semanticamente) (...) (grifo nosso)

Assim como explica também o autor Renato Brasileiro de Lima, onde deixa claro que a prisão preventiva não deve ser uma antecipação de cumprimento de pena. Porém, o que está evidente é que a grande maioria da jurisprudência utiliza o termo para fundamentar a prisão preventiva para as mais diversas situações, o que a torna uma medida de mera utilização pelo Poder Judiciário, com uma função totalmente deturpada. Cita-se os apontamentos do referido autor:

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que **não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena**, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. (DE LIMA, Renato Brasileiro, 2019, p. 904) (grifo nosso)

Então, o que ocorre é que não está sendo utilizada de forma excepcional. A respeito disso, Avena (2017, p. 692) dispõe que:

(...) o atributo da excepcionalidade deve ser visto sob dois ângulos: excepcionalidade geral, significando que, assim como as demais cautelares, **deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais**, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação; e, ainda, excepcionalidade restrita, isto é, aquela relacionada a sua **supletividade diante das demais providências cautelares diversas da prisão**. (grifo nosso)

Evidencia-se, portanto, que as prisões preventivas decretadas com fundamento da ordem pública não são cautelares. O que se observa é que há a transformação de uma medida processual em atividade de polícia, uma vez que é utilizada de forma indevida como uma medida de segurança pública (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 199).

Faz-se importante frisar que das situações em que a jurisprudência entende que há risco a ordem pública (gravidade em concreto do crime, clamor público, descrédito da justiça, inquéritos policiais/ações judiciais em andamento, periculosidade do agente, dentre outros), não há nenhuma hipótese cujo objetivo é o bom andamento do processo. Nessa mesma linha entende o autor Tourinho Filho, veja-se:

Certo que o nosso Código de Processo Penal, da década de 40, ainda sob a influência fascista que inspirou a Carta de 1937, merece pequena reforma para restringir a medida extrema apenas e tão somente a duas situações: impedir que o acusado perturbe a instrução criminal ou queira tornar ineficaz a sanção a ser-lhe imposta. Outra qualquer circunstância que venha a autorizá-la é genuinamente inconstitucional

por implicar uma antecipação da pena, arrostando o princípio da presunção de inocência, dogma constitucional, e malferindo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 682).

Por fim, parafraseando o autor Luís Régis Prado (2018, p. 217), resumindo toda essa discussão: “(...) se não ocorrer a apuração da lei atual ou sua modificação para um sentido conjuntivo menos lesivo ao Estado Constitucional, a inconstitucionalidade (por via concreta ou difusa) se apresenta como solução excepcional”.

4.2 Da violação ao princípio da presunção de inocência

É consabido que o princípio da presunção de inocência está expressamente delineado no art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, sendo este, o princípio que rege o processo penal. Define a Constituição:

Art. 5º (...)
LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tal princípio tem sua eficácia delimitada em 3 dimensões, conforme afirma Zanoide de Moraes (1991, p. 533), as quais são: norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento.

De acordo com Aury Lopes Júnior (2021, p. 27), a norma de tratamento é basicamente a exigência de que o réu deve ser tratado como se inocente fosse, ou seja, o réu não poderá sofrer os efeitos da condenação de forma antecipada. A norma probatória seria o fato de que o dever de prova é de quem acusou, sendo assim, o réu não precisa provar nada. E, por último, a norma de julgamento, que acaba sendo um desdobramento da norma probatória, uma vez que se trata da suficiência probatória para um possível decreto condenatório.

Diante do exposto, percebe-se que, de acordo com a norma de tratamento, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como se inocente fosse, pouco importando a probabilidade de ser condenado. Nesse sentido aponta o autor Luís Geraldo Santana Lanfredi (2009, p. 85), o qual afirma que:

A presunção de inocência, em verdade, estampa uma regra de juízo e uma regra de tratamento: como regra de juízo, está a exigir que uma cautelar só se pode implementar caso esteja fundada em pressupostos fáticos razoáveis da ocorrência de um crime e do comprometimento de alguém com essa infração, enquanto regra de tratamento, transpira a impossibilidade de uma cautelar servir como castigo antecipado, isto é, assumir feição retributiva diante de uma infração, juridicamente

ainda sequer definida.

Levando em consideração o supracitado, sabendo que a prisão preventiva não é fundada em um juízo definitivo de culpabilidade, a mesma não poderá ter caráter de antecipação da pena. Isto é, a prisão preventiva de forma nenhuma poderá se basear nos mesmos fundamentos da pena.

Acontece que pelo fato de não haver uma concreta e resistente delimitação do fundamento “garantia da ordem pública”, tal como já foi mencionado, em decorrência dos inúmeros conceitos distintos que carrega o nome “ordem pública”, a decretação da referida prisão pode afrontar gravemente o princípio da presunção de inocência.

Pois bem, considerando o simples fato de existir o princípio da presunção de inocência, o acusado será presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Porém, essa presunção de inocência é relativizada pela existência das prisões cautelares, tanto a prisão preventiva quanto a prisão temporária.

Todavia, conforme já foi exposto anteriormente, sabe-se que a decretação da referida prisão carece de cautelaridade, desse modo, não se trata de uma relativização, mas sim de uma inconstitucionalidade.

Assim como aponta os autores Luís Régis Prado e Diego Prezzi Santos (2018, p. 223), as interpretações distintas do que seria ordem pública acabam por criar um direito ilegítimo, que são incompatíveis com a estrita legalidade, tudo isso por conta do subjetivismo que cada intérprete carrega consigo. Vale citar, portanto, as palavras do autor Luigi Ferrajoli:

Así su fuerza se manifiesta violentamente, y de ahí proviene su ilegitimidad respecto al paradigma del Estado de derecho, puesto que “peligrosidad” y “sospecha” son por su propia naturaleza conceptos incompatibles con las líneas maestras de la “estricta legalidad”, dado que escapan a una clara predeterminación legal y crean lagunas que permiten valoraciones tan subjetivas como incontroladas. (FERRAJOLI, Luigi, 2008, p. 180)

De acordo com o supracitado, o autor critica o fato de que os conceitos “periculosidade” e “suspeita”, atrelados à ordem pública, são, por sua natureza, incompatíveis com a estrita legalidade, visto que criam lacunas que permitem avaliações subjetivas e não controladas acerca do instituto.

É nesse sentido que a presunção de inocência é abalada, posto que apesar de existirem conceitos de ordem pública que prezam pela legalidade, inúmeros outros conceitos fazem presumir pela responsabilidade penal do réu. Assim como explica o autor Roberto Delmanto Junior (2003, p. 83), que dá um exemplo acerca da decretação da prisão preventiva

com o fundamento de que “o acusado poderá cometer novos delitos” indicando que a mesma foi baseada em uma “dupla presunção”. O aludido autor afirma que a primeira presunção é de que é verdadeiro o cometimento do crime do qual é acusado e a segunda é de que continuará delinquindo ou consumará o delito interrompido.

A autora Maria Lúcia Karam (1993, p.87) reafirma o entendimento mencionado, destacando que tais presunções são contrárias à única aceita pelo ordenamento jurídico, a presunção de inocência:

A prisão processual, por sua natureza necessariamente cautelar, não pode ser determinada pela espécie ou pela suposta gravidade do delito atribuído ao indiciado ou processado, até porque a efetiva ocorrência do delito, por maior que seja a probabilidade desta ocorrência, só poderá passar do terreno das hipóteses para o plano do concreto, quando da cognição definitiva do mérito, a ser feita no momento da sentença.

Há de ser citado também autores que adotam o entendimento de que a presunção de inocência e as medidas cautelares são matérias antagônicas, que não são passíveis de serem utilizadas em conjunto:

O direito à presunção de inocência não é compatível com a aplicação da medida de prisão preventiva por razões de prevenção geral nem de prevenção especial positiva. A pena, enquanto meio de proteção de bens jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora e declarada que foi já a responsabilidade do arguido, pode compatibilizar-se com essas funções, não as medidas cautelares, nomeadamente a medida mais gravosa de entre todas: a prisão preventiva. (MARQUES DA SILVA, 20-?, p. 45)

Em consonância ao exposto acima e considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é possível afirmar que é completamente inadmissível se utilizar de uma interpretação extensiva ao conceito de “ordem pública” (*in malan partem*) no sentido de ampliar o conceito de cautelar na iminência de transformá-la em medida de segurança pública. (LOPES JÚNIOR, 2017, p.205)

No mais, diante do que foi explicitado, torna-se evidente que os danos não são somente ao próprio instituto, mas também à unicidade, princípios e os preceitos que a Constituição estabelece.

Além disso, o conceito vago e indeterminado de “ordem pública”, na qual o seu abalo seria um justificante da restrição de liberdade, para Aury Lopes Júnior (2013, p. 201) gera uma verdadeira antecipação da pena, isso porque a partir o momento em que o magistrado restringe a convivência em sociedade de um indivíduo através de justificativas como

possibilidade de reiteração delitativa, ele antecipa o cumprimento de pena sem uma decisão judicial transitada em julgado.

Assevera ainda, Sanguiné (2003, p. 114), a prisão passa a assumir um papel de prevenção e pena antecipada, o qual deveria se dar apenas através de um processo judicial válido:

(...) quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídicoconstitucional como da perspectiva políticocriminal. **Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.** (grifo nosso)

Seguindo a mesma linha, o julgador que restringe a liberdade do réu ou investigado sob justificativa de atender ao clamor público também viola a presunção de inocência. Primeiramente pelo fato de apontar diretamente como culpado antecipadamente à ocorrência de um processo judicial finalizado em virtude unicamente de pedidos da população que acredita, através de sua própria convicção, na materialidade do crime e suposta autoria.

Por outro lado, a prisão cautelar é utilizada para retirar da sociedade essa pessoa considerada “culpada” sob a justificativa de proteger a população, para transparecer a sensação de segurança, passando a cautelar a assumir, portanto, um papel preventivo, característica essa inerente à prisão pena, a qual deveria se dar apenas ao final de um processo através de sentença penal condenatória transitado em julgado. Portanto, por atribuir culpa antecipadamente a um indivíduo que até o momento deveria ser considerado inocente, viola-se diretamente o princípio constitucional da presunção da inocência.

São vícios freqüentes nas prisões preventivas decretadas com base unicamente na invocação de garantia da ordem pública, confundida com a autorização para utilizar a medida com fins, não apenas de prevenção especial, já em si discutível, mas sobretudo de prevenção geral, **de todo incompatíveis com a presunção constitucional de não culpabilidade** (v.g., HC 65.950, Rezek, RTJ 128/147; HC 67.850, Pertence, RTJ 131/667; HC 76.730, Galvão, 10.03.1998; HC 79.204, Pertence, 1.º.06.1999)

Um outro ponto que viola diretamente a presunção de inocência é a previsibilidade falaciosa que é criada pelo julgador. Ele acredita, por sua livre convicção que, por exemplo, aquele indivíduo em específico poderá voltar a delinquir. Nesse momento é violado diretamente a ideia de que ninguém pode ser tratado como culpado ou delinquente até o trânsito em julgado

da sentença penal condenatória.

O magistrado, com essa atitude, retira qualquer possibilidade de esperar para ver como o indivíduo irá se comportar em sociedade, ele retira as oportunidades e presume que aquele indivíduo incidirá em reiteraões delitivas. Simplesmente através de pensamentos, subjetivismos e achismos chega-se a ideia futurista de que o indivíduo deve ser privado de liberdade pois irá voltar a delinquir.

A partir do momento que o magistrado antecipa a pena do acusado, fazendo com que a prisão cautelar passe a possuir contornos de prevenção, característica que deveria ser inerente à prisão-pena, passa a violar diretamente a presunção inocência e consequentemente a Constituição Federal.

Portanto, por todos os motivos expostos, tem-se, novamente, flagrante inconstitucionalidade do instituto da prisão preventiva com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública. O subjetivismo do termo e sua vaga são violadores diretos do princípio constitucional da presunção de inocência.

Aury Lopes Júnior (2021, p. 263) sintetiza claramente:

Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros.

E, ainda, complementa:

Nem o Direito Penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. **Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível quanto a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal.."** (LOPES JÚNIOR, Aury, 2021, p.263) (grifo nosso)

A partir dos argumentos elencados, evidencia-se a inconstitucionalidade material na decretação da prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública por direta violação ao princípio constitucional e direito fundamental da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII.

O **vício de inconstitucionalidade material** refere-se ao conteúdo da lei ou norma. A inconstitucionalidade ocorre devido à matéria tratada contrariar os princípios ou violar

os direitos e garantias fundamentais assegurados em nossa Constituição Federal. Ex: lei que venha a instituir pena de morte no Brasil. (TJDFT, 2020) (grifo nosso)

Pelo fato de afrontar diretamente os direitos fundamentais e a Carta Magna conseqüentemente deve o fundamento ordem pública ser declarado inconstitucional.

4.3 Da violação ao princípio do devido processo legal

A Constituição Federal em seu art. 5º, o qual se encontra inserido no capítulo que trata sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, dispõe, no inciso LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Esse dispositivo consagra um princípio, o qual é denominado devido processo legal.

O mesmo art. 5º da CF, no inciso LIV, dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Instaurado o processo, é de rigor sejam cumpridas as regras dispostas no ordenamento jurídico. Sob a vigência do Estado de Direito, não se admite processo que não se ajuste aos modelos legais tipificados. (MARCÃO, 2021, p.88)

Para toda espécie de crime deve existir lei regulamentando o procedimento para a sua apuração. Esse procedimento descrito em lei, por se tratar de matéria de ordem pública, não pode ser modificado pelas partes, que também não podem optar por procedimento diverso daquele previsto. (REIS, 2016, p. 99)

Isso significa, por exemplo, que para restringir a liberdade de um indivíduo, é necessário que ocorra, anteriormente, um processo. Ou seja, um conjunto de atos subsequentes que estão previstos no ordenamento jurídico e culminam em um resultado, o qual no processo penal pode ser, por exemplo, uma condenação à pena privativa de liberdade.

Porém, o indivíduo só pode ter sua liberdade de locomoção restringida se for devidamente condenado após o regular andamento e finalização de um processo com regras previstas em lei.

Nesse sentido, o devido processo legal também busca proteger o cidadão de arbitrariedades estatais, assim Edilson Mougenot Bonfim afirma (2019, p. 135):

(...) refere-se ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia na medida em que protege o particular contra qualquer atividade estatal que, "sendo arbitrária, desproporcional ou não razoável, constitua violação a qualquer direito fundamental.

Pode-se dizer, então, que o devido processo legal possui dois sentidos, quais são:
“a) material: é a tutela da vida, da liberdade e da propriedade e a edição de normas razoáveis;

b) formal: o processo deve se desenvolver conforme a lei, com publicidade, justiça e imparcialidade do órgão julgador." (MESSA, 2013, p.196)

Pois bem, conforme exhaustivamente demonstrado no capítulo anterior, a ordem pública citada como fundamento de decretação da prisão cautelar não possui um conceito determinado. É só consultar as jurisprudências e as doutrinas citadas para verificar que o termo ordem pública é utilizado para traduzir diversos tipos de expressões, características e termos, sem um mínimo de consenso ou pacificação. Explicações como a necessidade de garantir a proteção dos cidadãos, atender o clamor público, evitar a reiteração delitiva, dentre outros, são indiscriminadamente utilizados.

Ou seja, há uma manobra no conceito de ordem pública da forma que se entende mais adequada, descumprindo justamente o preceito ínsito ao devido processo legal: respeito às regras positivadas na legislação.

O fato de não existir na lei um conceito ou uma maneira certa de aplicação fere diretamente a necessidade de respeito às regras do processo e, portanto, gera uma restrição de liberdade sem o devido processo legal.

A função do citado princípio de impedir a arbitrariedade do Estado e do aplicador do direito é violentamente derrubada em virtude da possibilidade dos magistrados imporem a restrição de liberdade sem parâmetros concretos, levando à livre arbitrariedade.

Consequentemente, a partir do momento em que se tem a irrazoável utilização da garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva, sem respaldo conceituado e sem uma estreita aplicação delineada em conteúdos concretos da legislação processual penal, tem-se a violação ao devido processo legal e, logo, de direitos fundamentais, tendo em vista a previsão do princípio no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

A prisão, como também já demonstrada, é a *ultima ratio*, exigindo para sua imposição a necessidade de elementos concretos, palpáveis, que deem segurança ao cidadão de saber quando a sua liberdade pode ser restringida cautelarmente, materializando-se no devido processo legal. A partir do momento em que o cidadão se ver desamparado de norma processual concreta, nasce a violação do direito, do devido processo legal e consequentemente uma violação direta e gritante aos direitos fundamentais.

Assim, pela evidente violação material direta de uma norma prevista na Constituição Federal, tem-se a inconstitucionalidade do fundamento garantia da ordem pública como ensejador da prisão preventiva.

A privação de liberdade de um indivíduo, retirando seu direito de ir e vir, a convivência em sociedade, com sua família e amigos, só se torna compatível com o Estado

Democrático de Direito quando pautada no devido processo legal, caso contrário, é manifestamente inconstitucional.

Nesse sentido, doutrina Aury Lopes Júnior (2021, p. 278):

a uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.

Portanto, o processo penal possui caráter instrumental e meio necessário para a imposição de pena a alguém. A partir do momento em que é atribuída pena sem o devido processo legal, existe o confronto entre normas e direitos fundamentais a consequente inconstitucionalidade, inserindo-se nesse contexto a repetidamente citada situação da “ordem pública”, conceito indeterminado, de difícil conceituação e fundamentação que não possui respaldo nos conceitos constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, tem-se um dos motivos para considerar-se como inconstitucional a previsão do Código de Processo Penal que consiste na decretação da prisão preventiva com base na necessidade de garantir a ordem pública.

4.4 Da violação ao princípio da legalidade

Além disso, há também de ser discutido a afronta ao princípio da legalidade. Nereu José Giacomolli (2013, p. 27), afirma que “o conjunto de garantias está em risco em decorrência da linguagem problemática da ordem pública, em especial já causadora de incoerência em processo que admite a reserva legal ou legalidade”.

O art. 5º, inciso II da Constituição Federal prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, consagrando o princípio da legalidade, o qual constituiu cláusula pétrea. O mesmo princípio é ainda descrito no inciso XXXIX do mesmo artigo, o qual prevê que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

De acordo com Jayme Walmer de Freitas (2013, p. 24), esse princípio se aplica as mais diversas áreas do direito, importando em aspectos penais e processuais penais. De acordo com o mesmo autor, o princípio significaria:

(...) que somente lei formal pode impor às pessoas um dever de prestação (ação) ou de abstenção (omissão). (...) O princípio da legalidade se caracteriza como limitação

constitucional à atuação do poder punitivo estatal. O Texto Maior prevê a competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas.

A legalidade ainda se subdividiria no princípio da anterioridade e da reserva legal. De acordo com Vitor Eduardo Rios Gonçalves (2019, p. 45) o princípio da anterioridade consistiria na ideia de que uma pessoa só pode ser punida por um delito se, quando ela praticou a conduta, já havia previsão legal da referida infração. O princípio da reserva legal, por seu turno, prelecionaria que só podem ser previstos crimes em lei em sentido formal.

Além da necessidade de que existam anteriores previsões legais para determinar as condutas dos indivíduos, é necessário que essa previsão se dê por lei formal, devidamente editada pelo Poder Legislativo. Ressalta Estefam (2021, p. 300) a importância do princípio:

Acrescente-se, por fim, que o princípio da legalidade tem importância ímpar em matéria de segurança jurídica, **pois salvaguarda os cidadãos contra punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta.** (grifo nosso)

Além disso, pode-se falar que o princípio citado é uma das formas de evitar arbitrariedades estatais, tendo em vista que apenas é possível fazer e aplicar aos indivíduos aquilo que se encontra devidamente previsto em lei.

Conforme já destacado, o princípio se aplica às diversas áreas do ordenamento jurídico, inclusive processual penal. Dentro ainda desse último, tem-se o uso nas medidas cautelares, incluindo a prisão preventiva:

Qualquer espécie de medida cautelar (prisão cautelar e medidas alternativas à prisão) somente pode ser aplicada pelo juiz ou tribunal nos casos expressamente previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Portanto, inadmissível o denominado “poder geral de cautela” do juiz no processo penal que o habilite a decretar medidas atípicas não previstas em lei (princípio da taxatividade das medidas cautelares pessoais) [...] Tal como ocorre com a limitação de qualquer direito fundamental, a restrição da liberdade no processo penal deve estar prevista legalmente por lei federal aprovada pelo Congresso Nacional. A lei que regula o direito fundamental à liberdade pessoal constitui um limite num duplo sentido: por um lado, porque expressamente determina as fronteiras inerentes ao direito, de maneira que não cabem outras senão as expressamente previstas e, por outro lado, porque estabelece a margem de atuação Estatal que não pode ir mais além, em sua função repressora, dos limites estabelecidos na norma. (SANGUINÉ, 2014) (grifo nosso)

Portanto, só pode ser restringida a liberdade do indivíduo de maneira cautelar se a hipótese estiver descrita clara e fielmente na legislação, seja ela constitucional ou infraconstitucional, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Dessa forma, adverte Gonçalves (2020, p. 240) sobre o princípio em questão: “Desde sua origem, o princípio tem um objetivo político claro: conferir segurança jurídica, pondo os cidadãos a salvo de punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta”.

Pois bem, na ocasião, tem-se a prisão preventiva decretada com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública. Mas o que é ordem pública? Novamente e reiteradamente, não há consenso. Não se sabe. A vagueza da expressão foi amplamente demonstrada no decorrer do trabalho, de forma que se atestam inúmeros significados.

Então, por não possuir uma determinação, uma clareza, previsão expressa de conceito, no mínimo requisitos que ensejariam sua ocorrência ou sobre o que se trataria a ordem pública, a determinação de restrição de liberdade de um indivíduo com fundamento na necessidade de garanti-la, viola diretamente a legalidade. Retira-se da convivência em sociedade um indivíduo com uma fundamentação que não possui previsão legal. Baseado em subjetivismo, esforços de argumentações e convencimento.

Luigi Ferrajoli (1999, p. 20) aponta as diferentes garantias constitucionais e processuais penais que estão em risco e explica que a causa é a quantidade enorme de conceitos equivocados que se tem acerca do termo ordem pública, que culmina em:

(...) culminando em normas vagas as quais devem ser repelidas, especialmente quando se está tratando de um processo penal. Isso porque o juiz que atua na seara criminal atua vinculado a limites diferentes dos demais, **trata-se de um juiz que se encontra lidando com o modo mais contundente de o Estado tratar seus cidadãos, com o instrumento que tem a força para quebrar direitos fundamentais e modificar o futuro e a história de alguém.** (grifo nosso)

De acordo com o supracitado, pode-se concluir que o autor quis levantar a ideia de que na seara criminal, o Poder Judiciário, mais precisamente o magistrado, tem uma função que está diretamente ligada ao conteúdo constitucional, no mesmo sentido analisa o autor Gomes Filho (1991, p. 66), que critica a ordem por afrontar o princípio da legalidade e, “(...) diferentemente do que propõe o garantismo, conferir amplíssimo poder discricionário ao julgador que, em regra, promove a prevalência da repressão sobre os direitos individuais e as garantias”.

Além da ausência de previsibilidade legal, permitem-se diretamente arbitrariedades, não limitando o *jus puniendi* do estado e conseqüentemente gerando desrespeitos aos direitos fundamentais dos cidadãos. A ausência de determinações gera a necessidade de que o termo seja atribuído de significados adotados à mercê do magistrado, da

sua criatividade, o que é completamente absurdo e contrário ao constitucionalismo e processualismo. A privação do direito de ir e vir através de condições não previstas pela legislação, por consequência, viola diretamente o princípio da legalidade.

Os demais ensejadores da prisão preventiva, como por exemplo a decretação da prisão cautelar com fundamento na conveniência da instrução criminal (art. 312 do Código de Processo Penal), possuem delineamento mais simples. O legislador não deixou à vontade do magistrado para analisar o que se enquadraria. Não se trata de um conceito jurídico vago e de imprecisão. Se o investigado ou réu preencher os requisitos do art. 313 do Código de Processo Penal e estiver apresentando atitudes que prejudiquem a conveniência da instrução criminal, como por exemplo, o andamento processual, a inquirição de testemunhas, dentre outras etapas do processo que se encontram claramente delineadas na legislação, deve ser decretada a sua preventiva. O magistrado não precisa procurar em sua imaginação e usar a sua criatividade para fundamentar pois está devidamente organizado e disposto na lei, concretizando o princípio da legalidade.

Essa característica, conforme demonstrada, não se encontra presente no fundamento garantia da ordem pública, o qual, no caso, o juiz ao aplicar utiliza de interpretações próprias para delinear de que forma estaria se dando o abalo.

Aury Lopes Júnior (2011, p. 91), nesse sentido, critica diretamente a justificativa da garantia da ordem pública, enfatizando a sua vagueza, a qual legitima o autoritarismo:

Grave problema encerra ainda a **garantia para ordem pública**, pois se trata de um **conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico**. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: **uma autorização geral e aberta para prender**. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos **autoritários e utilitaristas, que tão bem sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes**. (grifo nosso)

Pelo exposto, a partir do momento em que há uma violação à norma constitucional, e no caso, diretamente ao art. 5º, incisos II e XXXIX, tem-se a ocorrência da inconstitucionalidade material.

Nesse sentido, concorda Aury Lopes Júnior com a inconstitucionalidade do fundamento (2017, p. 205):

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, **flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade**. (grifo nosso)

Não restam dúvidas, portanto, quanto a mais um motivo ensejador da inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública em virtude da violação ao princípio constitucional da legalidade.

4.4.1 Da violação ao princípio da segurança jurídica

Segurança jurídica é o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro e está relacionado com a previsibilidade, além de se encontrar diretamente relacionado ao princípio anteriormente mencionado.

Explica, assim, José Afonso da Silva (2006, p. 133), que segurança jurídica consiste: “(...) no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

O preceito em questão norteia todo Direito brasileiro e possui várias facetas e passagens na legislação. Dessa forma, exemplifica André Ramos Tavares (2021, p.1398):

Como primeira “densificação” do princípio da segurança jurídica, tem-se: i) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; ii) a calculabilidade, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; iii) a estabilidade da ordem jurídica.

O princípio pode ser encontrado em diversos momentos nos códigos, como o exemplo clássico do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Além desse dispositivo, pode ser citado:

Um direito à segurança jurídica, em sentido amplo, poderá abranger: i) a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; ii) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade de leis punitivas; iii) o devido processo legal e o juiz natural; iv) a garantia contra a incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais; v) o direito contra a violação de direitos; vi) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente; vii) o direito contra medidas de cunho retrocessivo (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas); viii) a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais; ix) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva (...) (TAVARES, 2021, p.1400)

Em termos mais simples, segurança jurídica se trata da previsibilidade, isto é, da certeza jurídica do cidadão acerca do que irá acontecer com ele caso, por exemplo, cometa um crime, precise de alguma prestação jurisdicional, para efetivar um direito, requisitar, para a ocorrência de uma situação específica, dentre outros. Ou seja, se trata da previsão jurídica sobre o que ocorrerá caso o indivíduo se enquadre em determinada situação, em todos os âmbitos do direito, seja na esfera penal, civil, ambiental, administrativa, tributária, dentre outras.

Leciona o autor Paulo de Barros Carvalho (2021, p. 264) sobre o tema no âmbito do Direito Tributário, citando que existem várias situações na legislação tributarista que visam a manutenção da segurança jurídica:

(...) são, basicamente, a igualdade, a legalidade e a legalidade estrita, a universalidade da jurisdição, a vedação do emprego do tributo com efeitos confiscatórios, a irretroatividade e anterioridade, ao lado do princípio que consagra o direito à ampla defesa e ao devido processo legal.

In casu, o presente trabalho, como já observado, trata sobre a decretação da prisão preventiva de um indivíduo sob a justificativa de que ele está gerando um abalo na ordem pública. Porém, como exaustivamente demonstrado, não se sabe, sequer, o que é ordem pública.

A violação à ordem pública pode ser, de acordo com a livre e espontânea vontade do magistrado, a possibilidade de reiteração delitiva, abalo às instituições democráticas, gerador de clamor público, antecedentes criminais, inquéritos ou ações em andamento, dentre outros.

Ou seja, não há nenhum tipo de segurança quanto ao que seria ensejador de abalo à ordem pública, a não ser a simples capacidade argumentativa do magistrado sobre o que seria essa perturbação. Conseqüentemente, o indivíduo não tem como saber se terá sua liberdade restringida para garantia da ordem pública pois sequer sabe qual critério será utilizado para o seu caso. É a materialização da insegurança jurídica.

O indivíduo que pratica uma conduta da qual acredita que não poderá ser preso pelo fato de tal conduta não se enquadrar em uma possibilidade descrita pela lei ou pela jurisprudência pode ser simplesmente surpreendido com uma decisão arbitrária do magistrado, isto é, pode ser encarcerado pois o juiz que julga o seu caso acredita, por sua livre convicção, que a ocasião se enquadra em um abalo à ordem pública, sem a utilização de argumentações previsíveis, palpáveis ou previstas. A partir da ocorrência de situação como essa, instala-se a insegurança e, infelizmente, é o que ocorre no dia a dia dos tribunais brasileiros.

Qual a plausibilidade de cessar o direito de ir e vir do cidadão sem ele saber, sequer, que isso poderá ocorrer, tendo em vista que qualquer tipo de fundamento, inclusive imprevisíveis, vem sendo empregado para justificar a segregação? É a insegurança jurídica.

Daí, pode-se concluir que o princípio da segurança jurídica é diretamente violado pelo fundamento ordem pública como ensejador de prisão cautelar.

Pelo exposto, por diretamente ofender também a Constituição Federal, tendo em vista em suas diversas passagens, tem-se, novamente, a inconstitucionalidade do fundamento garantia da ordem pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica tratou de realizar uma análise sobre a inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública.

Conforme todo o exposto, resta nítido que se está diante de uma problemática relacionada à conceituação do termo “ordem pública”, uma vez que se encontra ainda à vista de uma enorme quantidade de conceitos vagos que, na sua grande maioria das vezes, colidem entre si, trazendo, assim, uma carga de incerteza quanto à fundamentação legal na decretação da prisão preventiva.

Isto posto, tem-se a conclusão de que os conceitos utilizados pelos julgadores a respeito da garantia da ordem pública são distintos e estão em contradição com a função da prisão preventiva. A função dessa prisão está sendo visivelmente tangenciada por conta da quantidade de conceitos acerca do significado do instituto, transformando, assim a referida prisão, que é uma medida cautelar, em um verdadeiro início de cumprimento de pena.

Pôde-se observar que a doutrina, no decorrer dos anos, realizou incansáveis tentativas de definir um conceito para a referida expressão, mas é nítida a dificuldade de se entrar em um consenso, justamente pela carga de generalidade que carrega o próprio termo “ordem pública” (que é vago, impreciso), o que ocasiona, conseqüentemente, inúmeras divergências na sua interpretação. Logo, até o momento atual não há uma conceituação única.

Pelo exposto, é correto afirmar que toda a fundamentação se insere no campo semântico da incerteza, visto que não há nenhum entendimento consolidado e uníssono acerca do que é ordem pública.

Ademais, é certo que, por conta da existência de incontáveis normas com conteúdo vago, em específico o instituto ora analisado, tal fato promove ao julgador uma maior atuação do seu lado criativo, uma vez que o mesmo deve decidir com um grau maior de subjetividade os casos em que os limites entre o que a norma dispõe e as diversas interpretações são praticamente inexistentes.

Por esse motivo, de certa forma, a prisão preventiva acaba por estar sendo desvirtuada da sua real função, visto que o magistrado está decretando-a motivado por razões vagas, ocasionados pela falta de determinação do conceito de ordem pública. Sendo assim, este instituto tornou-se a válvula de escape para decretar prisões preventivas sob a égide de um fundamento qualquer, beirando a arbitrariedade. Cabe citar o autor Roberto Delmanto Júnior, que, em seu entendimento diz que “a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão

cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal” (2003, p. 83).

Desse modo, assim como dispõe os autores Luís Régis Prado e Diego Prezzi Santos (2018, p. 223), “constata-se uma diminuição da normatividade de direitos fundamentais e garantias individuais, uma vez que se usa a ponderação despida de critérios racionais e da consciência da função de garantia contra o Estado”.

De acordo com o supracitado, conclui-se que a prisão preventiva utilizada como garantia da ordem pública não está sendo empregada para a função do bom andamento do processo, confunde-se com pena na medida que é aplicada no sentido de punir.

Portanto, a falta de parâmetros concretos e a existência de controvérsias são fatores que ferem princípios processuais penais, como o princípio da presunção de inocência, legalidade, entre outros que foram abordados no decorrer do trabalho, ensejando a inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública.

Isto posto, através da elaboração do presente trabalho, bem como pela exposição dos resultados obtidos, tornou-se claramente evidenciada sua importância para o Poderes Legislativo e Judiciário, comunidade acadêmica e para a sociedade.

A presente pesquisa tem a finalidade de expor a concepção acerca da forma como está sendo decretada a prisão preventiva como garantia da ordem pública. E, ainda, como consequência, incentivar o legislador a se posicionar a respeito do tema, visto que o termo, que foi inserido no art. 312 do Código de Processo Penal, tem uma carga semântica muito ampla, vaga, abstrata e abrange diversas possibilidades de interpretação, o que ocasiona a utilização desenfreada do instituto.

Em virtude dessa análise realizada aqui, as controvérsias relacionadas ao tema podem chamar a atenção das autoridades judiciárias e do Poder Legislativo, no sentido de tentar solucionar essa questão, seja no ato de trazer uma definição concreta ao termo “ordem pública” por parte do legislador, seja na possibilidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva com base neste fundamento.

Além disso, tal pesquisa se fará importante no âmbito acadêmico, do ponto de vista teórico e prático, como forma de incentivar futuros profissionais do direito a formarem um pensamento crítico e não somente analisar o direito sob um ângulo positivista e de mera aceitação.

Diante dessas relevâncias citadas, o presente trabalho pode servir como um aprendizado para todos. A sociedade, que está sujeita à legislação processual penal e suas

respectivas medidas cautelares, precisa ter conhecimento sobre os institutos, mais precisamente da aplicação daqueles que podem privar sua liberdade.

No caso, através da exposição de informações acerca das diversas conceituações doutrinárias e jurisprudenciais à população, será possível que o indivíduo que comete um crime tenha noção da forma como vem fundamentando os magistrados em decisões exaradas com base no fundamento da ordem pública, proporcionando um entendimento sobre um instituto que é claramente inconstitucional e que pode privar a liberdade do acusado sem respeitar os seus direitos fundamentais.

Em suma, a população precisa de esclarecimento e, este trabalho, sem dúvidas, proporcionará isso àqueles que estão sendo acusados de algum crime ou até mesmo, inclusive, para aqueles que não cometeram, uma vez que o direito processual penal está para assegurar os direitos e garantias do acusado, e o direito penal está para proteger os bens jurídicos essenciais de todos, sem discriminação.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. **Vício de inconstitucionalidade**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF. Brasília, DF. 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/vicio-de-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 08 nov 2021.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011**. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1941.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 305.379/PE, Rel. Min. Nefi Cordeiro. 25/02/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158270517/habeas-corpus-hc-305379-pe-2014-0248629-1>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Embargos de Declaração no Recurso em Habeas Corpus nº 134558, 5^a Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. 11/12/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206279678/embargos-de-declaracao-no-recurso-em-habeas-corpus-edcl-no-rhc-134558-ba-2020-0241269-0>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 241.212, 5ª turma, Rel. Min. Gilson Dipp. 01/08/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22038676/habeas-corpus-hc-241212-df-2012-0090168-8-stj>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região - Habeas Corpus nº 56.242, 8ª Turma, Rel. Salise Monteiro Sanchotene. 01/02/2006. Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1265367/habeas-corpus-hc-56242>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 374.899, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. 02/02/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433526960/habeas-corpus-hc-374899-sp-2016-0271300-4>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus nº 552.499, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. 26/06/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/874631384/habeas-corpus-hc-552499-df-2019-0376627-6>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus nº 8194, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves. 22/03/1999. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19711579/habeas-corpus-hc-8194-ms-1998-0088281-2/voto-104496413>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus nº 8194, 6ª turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves. 23/02/1999. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442037/habeas-corpus-hc-8194-ms-1998-0088281-2>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Recurso em Habeas Corpus nº 105.591, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz. 27/08/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1272664410/recurso-em-habeas-corpus-rhc-152240-pa-2021-0264682-0>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 48.974, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. 19/08/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864764972/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-48974-sp-2014-0145582-9/inteiro-teor-864764982>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 8189/SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves. 22/03/1999. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19711701/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-8189-sc-1998-0094519-9/inteiro-teor-104496651>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 100.863, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 04/02/2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7171592/habeas-corpus-hc-100863-sp>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 123.304, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia. 18/12/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338116/habeas-corpus-hc-123304-ms-stf/inteiro-teor-159038877>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 80379, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello. 25/05/2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778395/habeas-corpus-hc-80379-sp>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 85.298, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio. 04/11/2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/764539/habeas-corpus-hc-85298-sp>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 94.979, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto. 03/04/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718586/habeas-corpus-hc-94979-to>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 98.776, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso. 15/10/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5417193/habeas-corpus-hc-98776-sc/inteiro-teor-101870054>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Recurso em Habeas Corpus nº 94.740/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa. 02.04.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13082/prisao-preventiva-ordem-publica-e-periculosidade-do-agente>>. Acesso em: 15 nov 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Recurso Criminal nº 234732, 2ª Câmara Criminal, Rel. Maurílio Moreira Leite. 08/09/2004. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5278537/recurso-criminal-rccr-234732-sc-2004023473-2/inteiro-teor-11656260>>. Acesso em: 15 nov 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Coleção preparatória para concursos jurídicos**. v. 13. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Código de processo penal comentado**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. Editora Noeses: São Paulo, 2021.

CLAMOR. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. 7Graus, 2021. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/clamor/>>. Acesso em: 07 out 2021.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos**. ATIENZA, Manuel; MORESO, José. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008b.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

FREITAS, Jayme Walmer de. **A Prisão Cautelar No Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

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

GONÇALVES, Vitor Eduardo Reis. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

KARAM, Maria Lúcia. **Prisão e liberdade processuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 2, 1993.

LANFREDI, Luís Geraldo Santana. **Prisão Temporária**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol único. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. – 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

- LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.
- MARQUES DA SILVA, Germano. **O princípio da presunção de inocência do argüido**. Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 5, [20-?].
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011.
- MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada**. 3. ed. Barueri/SP: Manole, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. **Direito processual penal: Coleção OAB nacional, primeira fase**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROCHA, João Luís de Moraes. **Medidas alternativas à prisão e tratamento quase-coercitivo**. Um novo paradigma. RPCC, n. 19, 2009.
- SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, p. 114.
- SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.