



UNICEPLAC

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC

Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

**A Prisão Preventiva com Fundamento no Requisito de
Ordem Pública e sua (In)compatibilidade com o Princípio
da Presunção da Não Culpabilidade**

Gama-DF

2020

GABRIEL REIS AMORIM ALMEIDA

**A Prisão Preventiva com Fundamento no Requisito de
Ordem Pública e sua (In)compatibilidade com o Princípio
da Presunção da Não Culpabilidade**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Direito do
Centro Universitário do Planalto Central
Apparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof.Ms.João de Deus Alves
de Lima.

Gama-DF

2020

A447p

Almeida, Gabriel Reis Amorim.

A prisão preventiva com fundamento no requisito de ordem pública e sua (in)compatibilidade com o princípio da presunção da não culpabilidade. / Gabriel Reis Amorim Almeida. – 2020.

55 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC, Curso de Direito, Brasília, 2020.

Orientação: Prof. Me. João de Deus Alves de Lima.

2. Prisão Preventiva. 2. Garantia de Ordem Pública. 3. Prisões Cautelares. I. Título.

GABRIEL REIS AMORIM ALMEIDA

**A Prisão Preventiva com Fundamento no Requisito de Ordem Pública e sua
(In)compatibilidade com o Princípio da Presunção da Não Culpabilidade**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Direito do
Centro Universitário do Planalto Central
Apparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Ms. João de Deus Alves
de Lima.

Gama, 20 de junho de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Ms. João de Deus Alves de Lima
Orientador

Prof^a. Esp. Priscila Paulo Muniz
Examinador

Prof^a. Esp. Dayane da Silva Dias
Examinador

À minha família, por sua capacidade de acreditar em mim. Aos meus pais e aos meus irmãos pela perseverança, compreensão e paciência em momentos de dificuldade desta caminhada, bem como todos os meus amigos que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, torcendo e acompanhando minhas conquistas de forma positiva.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor José Carlos Macedo de Pinto Ferreira Júnior (*in memoriam*), pela iniciativa de pesquisa, pela dedicação como professor e pela amizade.

Ao meu professor orientador João de Deus Alves de Lima, que teve um papel fundamental na produção deste TCC, com conselhos, discussões e aprimoramentos. Agradeço por todo o tempo dedicado a orientação desse projeto.

Agradeço também a professora Caroline Ferraz, pelas devidas correções e aprimoramentos no trabalho, bem como a todos os professores e amigos que estiveram presentes durante todos estes anos de convivência e parceria.

Agradeço a minha família, que sempre contribuiu muito para a minha formação, seja em momentos fáceis ou difíceis, onde observamos que a convivência é muito mais do que estar ao seu lado, é dar apoio e confiança, para que alcance seus objetivos.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo estudar a garantia de ordem pública como fundamento da prisão preventiva, observando o instituto e se a expressão por representar-se genérica e imprecisa, poderia vir a ferir o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, buscando analisar a amplitude do significado “garantia de ordem pública”. Este trabalho se dividirá em três capítulos. O primeiro demonstrará de modo geral as prisões cautelares, seus fundamentos básicos, em especial os requisitos de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. O segundo capítulo, analisará a expressão garantia de ordem pública, bem como os princípios norteadores da segregação cautelar, dando ênfase ao princípio da presunção da não culpabilidade, refletindo sobre as divergências doutrinárias, quanto à expressão garantia de ordem pública. Por fim um terceiro capítulo fará uma análise de alguns julgados dos Tribunais Superiores quanto à prisão preventiva decretada sob o manto da garantia da ordem pública, e ainda observará quanto (in)compatibilidade com o princípio da presunção de inocência.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Garantia de Ordem Pública; Prisões Cautelares.

ABSTRACT

This work aims to study the guarantee of public order as the basis of preventive detention, observing the institute and if the expression for being generic and imprecise, it could come to hurt the principle of the presumption of innocence or non-culpability, seeking to analyze the breadth of the meaning “guarantee of public order”. This work will be divided into three chapters. The first will demonstrate in general the precautionary prisons, their basic foundations, in particular the requirements of *fumus comissi delicti* and *periculum libertatis*. The second chapter will analyze the expression guarantee of public order, as well as the guiding principles of precautionary segregation, emphasizing the principle of the presumption of non-culpability, reflecting on doctrinal divergences, regarding the expression guarantee of public order. Finally, a third chapter will analyze some of the Superior Courts' judgments regarding preventive detention decreed under the guise of guaranteeing public order, and will also observe how much (in)compatibility with the principle of the presumption of innocence.

Keywords: Preventive imprisonment; Public Order Guarantee; Prison Cautions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DAS PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1	Da Prisão Cautelar	12
2.2	Espécies	15
2.2.1	Da Prisão Temporária	15
2.2.2	Da Prisão em Flagrante	16
2.2.3	Da Prisão Preventiva	20
2.2.4	Das Medidas Cautelares	23
3	A CONSTITUIÇÃO E A PRISÃO PREVENTIVA	29
3.1	Princípios Constitucionais	29
3.1.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	29
3.1.2	Princípio do Devido Processo Legal	30
3.1.3	Princípio do Contraditório	31
3.1.4	Princípio da Ampla Defesa	31
3.1.5	Princípio da Publicidade	31
3.1.6	Princípio da Motivação das Decisões Judiciais	32
3.1.7	Princípio da Igualdade	32
3.1.8	Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	32
3.1.9	Princípio <i>Favor Rei</i>	33
3.1.10	Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade	34
3.2	Da Ordem Pública	35
3.2.1	Noção da expressão “Ordem Pública”	35
3.2.2	Prisão Preventiva Fundada em Garantia de Ordem Pública	39
4	A PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA EM ORDEM PÚBLICA NOS JULGADOS BRASILEIROS	43
4.1	Análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça	43
4.2	Análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal	46
4.3	(In)compatibilidade com o princípio da presunção da não culpabilidade	48
5	CONCLUSÃO	50
	REFERÊNCIAS	52



1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a prisão preventiva fundada no requisito de ordem pública, tema muito questionado, uma vez que não se tem uma conceituação amplamente definida sob o que viria a ser garantia da ordem pública, ou qual é o seu alcance ou extensão. Assim, há de ser analisado se essa falta de conceituação pode vir a ferir o princípio da não culpabilidade, estampado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o qual traz a regra de que o acusado deve ser presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal que o condenará.

Observe que a CF/88, assegura direitos e garantias fundamentais inerentes ao homem, sendo uma delas a liberdade de locomoção. A prisão antecipada deve resguardar cautelaridade e excepcionalidade, uma vez que não se trata de uma prisão após o trânsito em julgado, e sim a antecipação da prisão, seja para resguardar o processo, o acusado ou ainda a sociedade.

Quanto à expressão ordem pública há de se entender uma gama de possibilidades para a segregação cautelar, sejam elas; clamor social; periculosidade do agente; credibilidade da justiça; repercussão da mídia; gravidade do delito; entre outras várias hipóteses, que cria certa insegurança, pois, os julgadores que tem uma amplitude de fundamentos, já o acusado ou réu, fica adstrito de várias possibilidades que poderiam fundamentar sua prisão.

A Lei 12.403/11 fez uma grande reforma no instituto das prisões cautelares e até tentou modificar o termo garantia de ordem pública, porém não logrou êxito e o Congresso Nacional optou por continuar utilizando a expressão, que desde então, continua sendo alvo de críticas por parte da doutrina, e algumas divergências na jurisprudência.

O trabalho se divide em três capítulos. O primeiro busca analisar a prisão cautelar, observando suas espécies, sendo elas a prisão preventiva, temporária e em flagrante, além das medidas alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do CPP, com o intuito de demonstrar as principais nuances da prisão sem pena.

O segundo capítulo, busca analisar os princípios constitucionais orientadores da prisão cautelar, e principalmente princípio da presunção de inocência. Outro ponto ainda tratado está relacionado a expressão “garantia de ordem pública”, que serão demonstrados os posicionamentos doutrinários divergentes a respeito do



tema, com a intenção de esclarecê-la melhor.

Por último, um terceiro capítulo apresentará a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de demonstrar como a questão vem sendo abordada atualmente, quando a prisão preventiva é fundamentada na garantia da ordem pública. Após essa análise, será feito um paralelo a respeito dos temas tratados com a finalidade de demonstrar a (in)compatibilidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública e o princípio constitucional da presunção de inocência.



2 DAS PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A prisão é a limitação da liberdade de locomoção, seja ela, por uma sentença penal condenatória irrecorrível, chamada de prisão pena ou prisão sanção, visto que ela decorre do resultado do processo. Existe ainda, uma exceção, a prisão sem pena, que é a prisão anterior ao trânsito em julgado, também chamada de prisão processual, cautelar ou ainda provisória. Como aduz Tourinho Filho, quanto às prisões:

Esse conceito abrange as duas espécies de prisão: a prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 644).

A prisão está ligada diretamente ao cerceamento da liberdade do indivíduo, criando assim a situação do encarceramento, ou seja, ele passa a ter sua liberdade de locomoção limitada em prol de uma sentença penal condenatória, ou simplesmente de um encarceramento que se torne necessário para assegurar a execução da pena definitiva.

Para Távora e Alencar (2014, p. 701), se houver demonstrado risco de que a permanência do agente em liberdade é um mal que pode ser evitado, mesmo antes do fim do processo, ou seja, do trânsito em julgado, poderá o indiciado, ou réu, ser colocado em situação de encarceramento, desde que, observados as hipóteses previstas em lei. Esse tipo de possibilidade é chamado de prisão sem pena, trata-se uma excepcionalidade a regra, onde deveria ocorrer a prisão somente após o devido processo, e ao seu fim chegar ao resultado.

Observa-se ainda que este preceito é trazido pelo art. 5º, inciso LVII da CF, também conhecido como princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade. Ademais, analisados os aspectos da prisão-pena e prisão sem pena. Passamos agora há observar a prisão processual ou cautelar em seu aspecto geral.

2.1 Da Prisão Cautelar

É uma medida cautelar que tem como intuito evitar um mal maior, seja para resguardar a aplicação da lei, a investigação e o andamento do processo, ou evitar que o acusado volte a delinquir, recaindo sobre a privação da liberdade do indivíduo, isso ainda quando não ocorrera o trânsito em julgado da sentença penal



condenatória.

Como demonstra Távora e Alencar:

[...] prisão **ad custodiam**: é a prisão cautelar, processual ou pré-cautelar (flagrante), que decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, prisão temporária) ou de permissivo constitucional (prisão em flagrante). (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 702).

A Lei 12.403/2011, trouxe uma grande alteração em se tratando dos requisitos para se impor a prisão processual, em questão da análise cautelar. Dos ensinamentos de Greco Filho (2012, p.402) quanto à cautelaridade, “alteração realizada pela Lei 12.403 de 2011 foi a de tratar a prisão processual dentro do conceito de cautelaridade, em que devem estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*”.

O artigo 282¹ do Código de Processo Penal (Título IX, Prisões, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória), demonstra muito bem quanto à excepcionalidade das medidas cautelares, visto que buscam atingir um fim processual, devendo ser observada com cautela e proporcionalidade, pondo que, implica diretamente na privação da liberdade, verificando se essa prisão decretada de modo cautelar viria atingir seu fim, no momento de uma decretação de prisão definitiva, deste modo, deve haver uma coerência entre a prisão processual e a definitiva. Paulo Rangel define que:

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando está for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da *urgência e necessidade* informa a prisão cautelar de natureza processual. (RANGEL, 2014, p. 763).

Observe que para sua decretação é necessário que exista uma relação de necessidade e adequação, chamados de requisitos genéricos. Assim a medida deve demonstrar-se necessária, de modo que venha a suprir o intuito pelo qual foi decretada, quando cercear a liberdade do indivíduo, bem como adequar-se ao caso, como uma medida cabível e eficaz, e ainda ao mesmo tempo proporcional as circunstâncias do fato, características do acusado e ao crime cometido (NUCCI, 2014, p. 644).

¹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (BRASIL, 2011).
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (BRASIL, 2011).



Para que possa ser decretada a medida cautelar é ainda necessário demonstrar dois requisitos básicos, sejam eles, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, essa adequação deve ser requisito necessário para qualquer prisão cautelar. Ora, se o acusado não tiver relação com a materialidade do fato praticado, não há que se falar em uma culpabilidade, portanto não haveria decretação.

Para uma melhor adequação ao direito processual penal, os requisitos necessários passaram a ser designados como, *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. O primeiro, diferentemente do sentido trazido pelo direito civil, representa a fumaça do delito cometido, ensejando assim indícios de autoria e materialidade, desta forma deve haver a real comprovação ou indícios de seu cometimento, por autoria da pessoa, a qual está sujeita a sofrer a restrição de seu direito de locomoção, já o *periculum libertatis*, ou melhor, o perigo de se manter em liberdade, está relacionado não á demora, e sim ao prejuízo que o estado de liberdade do acusado possa vir a causar, seja ele para o andamento do processo ou para o cumprimento da sentença final.

Observe então que a análise do elemento subjetivo do tipo é necessário, pois havendo ausência de tipicidade da conduta, não há que se falar em prisão cautelar uma vez que essa só subsiste no caso doloso (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 63).

Vale ainda ressaltar que uma prisão processual decretada sem respeitar a observância legal e os princípios constitucionais, incorreria em um dano ao indivíduo, uma vez que estamos tratando dos direitos fundamentais, observe então que deve haver uma relação entre a prisão processual e a real necessidade de sua decretação, sob pena, se malfeita acarretar prejuízos tanto para a pessoa do acusado, como para sua família.

Portanto, a medida cautelar deve ser decretada com observância, aos requisitos, de forma que se não for feito, estaria incorrendo em aplicação antecipada da pena. Assim estão submetidas à jurisdicionalidade, por restringirem direitos fundamentais, consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou pactos dos quais o Brasil é signatário, sujeitando há uma necessidade de fundamentação pela autoridade competente.

Há uma exceção quando tratamos da prisão em flagrante, pois o primeiro contato é feito por pessoa qualquer ou a autoridade policial, e somente depois estará sujeita ao crivo do judiciário (RANGEL, 2014, p. 765).



Assim, após esboçarmos os aspectos gerais da prisão cautelar, passaremos a analisar suas espécies.

2.2 Espécies

As prisões processuais se dividem em três espécies, sendo elas, a prisão em flagrante, também considerada por muitos como pré-cautelar, a prisão temporária que é regida por lei própria, e a prisão preventiva, todas elas serão tratadas nos tópicos adiante.

2.2.1 Da Prisão Temporária

A prisão temporária é estabelecida pela Lei 7.960/89, diferentemente da prisão preventiva e da prisão em flagrante, possui lei própria a qual tem como intuito resguardar a investigação policial.

Para Paulo Rangel (2014, p. 843), “A lei nº 7.960/89, instituiu a chamada prisão temporária com o escopo de vedar a chamada prisão para averiguação, muito comum nos meios policiais”.

Somente poderá ser decretada pela autoridade policial, ou a requerimento do Ministério Público, uma vez que, é cláusula de reserva de jurisdição. Observe que nem mesmo o magistrado poderá decretá-la de ofício, pois está diretamente ligada á fase investigativa, deste modo, quando se tratar de ação penal privada, não poderá ser requerida diretamente pela vítima, e sim pela autoridade policial, no caso o delegado. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 745), afirma Paulo Rangel (2014, p. 850), que: “[...] entendemos que não se admite prisão temporária em ação penal de iniciativa privada, pois o legislador legitimou apenas o Ministério Público para requerer a medida extrema”.

Quanto ao seu cabimento, as hipóteses estão previstas no art.1º da referida lei, vale ressaltar que se trata de uma prisão cautelar, portanto tem que obedecer, os requisitos do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, para que seja compatibilizada com a garantia da presunção de inocência (BADARÓ, 2017, p. 1060).

Caberá a prisão temporária quando for: I.necessária para que as investigações do inquerito policial ocorram; II.quando o indiciado não tiver residência



fixa ou não apresentar dados e esclarecimentos quanto a sua identidade; e ainda, III. quando houver com base em fundadas razões a prova de autoria que o agente cometeu ou participou de crimes, como: homicídio doloso; seqüestro ou cárcere privado; extorsão; quadrilha ou bando; tráfico de drogas; crimes previstos na Lei de Terrorismo; dentre outros (BRASIL, 1989).

A expressão *periculum libertatis*, está configurada no inciso I, em virtude da expressão “imprescindível para as investigações do inquérito policial”, assim a expressão por si só cria a necessidade de configuração, uma vez que, poderia acarretar prejuízos a fase investigativa. No mesmo sentido, o inciso III, também denota a expressão com o sentido de *fumus commissi delicti*, a ideia de materialidade e autoria se configura, criando assim o pressuposto para a real configuração de qualquer prisão cautelar, essas medidas deverão ser analisadas em conjunto para fim de aplicação da prisão temporária (RANGEL, 2014, p. 845).

O que diz respeito ao inciso II, está ligado à relação do perigo de se manter em liberdade, uma vez que, há uma dúvida quanto ao local certo de sua residência e sua identidade, observe que isso, poderia caracterizar uma dificuldade para encontrar o acusado ou que o mesmo possa vir a empreender meios de fuga, gerando um enorme atraso na investigação processual.

O artigo 2º da Lei 7.960/89, determina o prazo para à aplicação da medida, sendo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período caso aja necessidade, lembrando que para isso é necessário sua comprovação, logo, assim que ultrapassado o prazo, deve o acusado ser imediatamente liberado, sob pena de ter seu direito de locomoção violado, sujeito ao Habeas Corpus.

2.2.2 Da Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, advinda da expressão *fragrans* (verbo *flagrare*), significando assim que, “está em chama”, que acaba de ocorrer, sendo que, no momento do ato ou próximo a ele, o acusado é surpreendido no mesmo instante da consumação ou logo após (TOURINHO FILHO, 2013, p. 668).



Para parte da doutrina a prisão em flagrante é considerada uma precautelada, pois, o sujeito ativo seria de acordo com o artigo 301² do Código de Processo Penal, qualquer do povo (facultativo), ou a autoridade policial (obrigatório), pois além dessa qualidade será sujeita à apreciação do judiciário no prazo de 24 horas, que decidirá, se o acusado será colocado em liberdade provisória, ou se a prisão em flagrante será convertida em prisão preventiva, ou ainda em uma das medidas alternativas a prisão cautelar.

Quanto à pré-cautelaridade, demonstra Aury Lopes Jr:

A prisão em flagrante é uma medida precautelada, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 33).

A Constituição da República traz em seu artigo 5º, inciso LXI³, a possibilidade da prisão em flagrante, muito diferente da prisão preventiva, ela é de plano administrativo, não necessitando de autorização judicial, pois não haveria nenhuma lógica se o cidadão visse um crime ocorrendo a sua frente e não pudesse nada fazer, do mesmo modo está à polícia, a qual não teria a eficiência para aplicar a prisão, salvo se solicitado ao juiz (NUCCI, 2014, p. 669).

Quanto à caracterização do flagrante, o art. 302, do Código de Processo Penal, trouxe de forma taxativa as possibilidades que se enquadram o flagrante, e assim configura a devida prisão em flagrante.

O art. 302 do Código de Processo Penal aduz que:

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. (BRASIL, 1941).

Ao analisar este artigo encontramos caracterizadas as três principais modalidades de flagrante, denominados, flagrante próprio ou perfeito, flagrante impróprio ou imperfeito, e ainda o flagrante presumido ou ficto, ademais passaremos

² Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (BRASIL, 1941).

³ Art. 5º, LXI - 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).



a analisá-los.

O flagrante próprio ou perfeito é a modalidade de flagrante que se caracteriza no momento da execução, quando o agente está na prática do ato, e por uma interrupção conseguiu ou não esgotá-lo, sendo impedido pelo particular ou pela autoridade policial, assim viria o agente a ser preso, no momento da prática do ato ou logo após. Nas palavras de Nucci (2014, p. 673), “Embora consumado não se desligou o agente da cena do crime, por isso ser preso”.

O flagrante impróprio por sua vez ocorre quando o agente após a prática do delito passa a ser perseguido, de modo que essa situação faça ter certeza de sua autoria, vejamos: se após a prática do ato empreende meios de fuga e passa a ser perseguido, está caracterizada a “chama” do flagrante.

Diferente das modalidades tratadas anteriormente o flagrante presumido ou ficto é uma modalidade que ocorre após a prática, mesmo que não se tenha empreendido sob o autor nenhum dos meios de perseguição, ele é encontrado portando objetos, que o configura como autor do fato. Observe que também se trata de um flagrante impróprio, pois ele tenta fugir, não é perseguido, porém no meio dessa fuga ele é surpreendido portando os objetos.

Haverá flagrante se for configurada a literalidade da palavra “chama”, demonstrando que está acontecendo ou acabara de acontecer, seu enquadramento deve estar ligado ao art.302 do CPP, pois haveria hipóteses onde o delito já ocorrera e não é possível mais ser visualizado, portanto essa hipótese se trata de um flagrante presumido, há apenas à presunção de autoria, pois não se tem visualizado a prática do ato de maneira direta (RANGEL, 2014, p. 777).

Existem outras modalidades de flagrante tratadas principalmente pela doutrina, algumas como contracautela, ora, são institutos que demonstram que quando por um ato omissivo ou comissivo, o flagrante pode se tornar ilegal, podendo levar assim ao relaxamento da prisão, artigo 5º, inciso LXV⁴, da CF/88, são eles: flagrante preparado; flagrante esperado, diferido ou retardado; flagrante forjado, maquiado ou urdido; e ainda o flagrante prorrogado ou de ação controlada, que serão tratados adiante.

Uma primeira modalidade de flagrante tratado pela doutrina é o preparado, que ocorre em razão do delito praticado por obra de agente provocador, previsto na

⁴ Art. 5º, LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; (BRASIL, 1988).



súmula 145 do STF, seria o crime provocado pelo agente, com o dolo de criar uma situação para prejudicar a vítima, assim sendo, se o ato não se consumar não há crime, portanto não há que se falar em prisão. Para Tourinho Filho (2013, p. 680), “fala-se em delito putativo por obra de agente provocador”. O fato por mais que exista não sai da esfera de vontade de quem o queria provocar, pois não havendo um ato praticado pela pessoa da vítima, não há prejuízo, não havendo assim o crime.

Já o flagrante esperado é uma modalidade onde não há um ato praticado por um agente provocador, a polícia aguarda o momento da prática do ato para impor a prisão em flagrante, sem nenhum artifício de induzimento ou investigação anterior, sendo ele um flagrante de alerta sem nenhum tipo de ato investigativo (LIMA, 2016, p. 1230). O flagrante se dá quando a autoridade policial, ao saber da possibilidade do cometimento de um delito, se dirige ao local do fato, onde fica no aguardo de sua ocorrência, se o crime for praticado ou tentado, passará a ser acusado.

O flagrante forjado, maquiado ou urdido, por sua vez, é uma modalidade composta por terceiros, visto que, todos os atos são montados, e a pessoa não teve o intuito de praticar o ato, por isso ele é considerado um fato atípico (NUCCI, 2014, p. 676).

Tem-se como exemplo, quando a polícia sem um mandado invade uma residência na busca de objetos de crime, quando nada é encontrado, os policiais plantam certa quantidade de entorpecente em um armário, com o intuito de transformar a ação ilegal praticada antes em legal, e prender o morador em flagrante com o entorpecente (AVENA, 2018, p. 906).

Por fim, mas não menos importante, temos o flagrante prorrogado ou de ação controlada que é um ato de acompanhamento, previsto no art.8º da Lei 12.850/2013, utilizados nos casos de organização criminosa, onde a investigação leva a um monitoramento dos atos, um acompanhamento, para que em momento oportuno possa vir a prendê-lo (BRASIL, 2013).

Não pode ser confundido com o crime de prevaricação, pois não há à vontade consciente do agente de por motivos próprios postergar a investigação. Neste mesmo sentido denota Aury Lopes Jr. (2017, p. 42), “tal dispositivo somente pode ser aplicado aos casos de organização criminosa e autoriza a polícia a retardar sua intervenção (prisão em flagrante), para realizar em momento posterior”.

Assim observamos que a prisão em flagrante não tem como principal



finalidade a privação de liberdade do indiciado, mas sim que seja feita a colheita das provas disponíveis, no momento do ocorrido, ou logo após este, pois as circunstâncias do fato ainda podem ser vislumbradas com maior facilidade e demonstradas com mais força, e isso, sem sobra de dúvidas apresentaria um benefício na apuração dos fatos (MARCÃO, 2016, p. 738-739).

Quanto ao flagrante observa-se que existe uma gama de possibilidades, uns trazidos pelo próprio Código de Processo Penal, outros utilizados como contracautela, tratados principalmente pela doutrina, com o intuito de esclarecer ou validar sua licitude. Vale ressaltar também o seu caráter pré-cautelar, pois posteriormente, se demonstrada necessidade será convertida em outra espécie de prisão cautelar.

2.2.3 Da Prisão Preventiva

Do mesmo modo que as outras prisões cautelares, a prisão preventiva também está lastreada nos pressupostos do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, ainda também da caracterização do binômio da necessidade e urgência, pois se trata de uma exceção, e deve obedecer os preceitos legais, sob pena de, se não acatados estaria aplicando antecipação de pena, assim sujeita ao recurso de Habeas Corpus. Observemos os ensinamentos de Paulo Rangel:

A lei 12.403/2011, exige expressamente, que para que seja decretada prisão preventiva (bem como qualquer medida cautelar) haja necessidade e adequação da medida, evitando-se assim, que seja decretada, à custódia custódia cautelar sem necessidade (RANGEL, 2014, p. 801).

Expressamente prevista nos artigos, 311 a 316 do Código de Processo Penal. É uma medida excepcional, decretada somente pelo juiz, seja na fase da investigação criminal, quando não poderá ser decretada de ofício pelo juiz, mas sim solicitada, ou na fase processual quando pode ser feita de ofício, mesmo quando a sentença penal condenatória ainda é recorrível, desde que, demonstre sua real necessidade (RANGEL, 2014, p. 803).

Essa era a expressão trazida no art. 311 do CPP, porém com o advento da Lei 13.964/19 passa a valer a seguinte redação ao Art. 311 do CPP, “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público [...]”, assim excluiu a



possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício, devendo agora ser solicitada por um dos sujeitos.

O artigo 311⁵ traz o rol de pessoas que poderão solicitar ao magistrado a medida, sendo eles, o Ministério Público, o querelante ou assistente, e ainda por representação da autoridade policial, vale ainda ressaltar que mesmo solicitada a decretação deve ser fundamentada pela autoridade judiciária de acordo com o artigo 315⁶ CPP (BRASIL, 2019a).

O artigo 312, caput, do Código de Processo Penal ilustra as possibilidades de fundamentos da prisão preventiva, demonstrando diretamente as possibilidades de *periculum libertatis*.

Art. 312. 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 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. (BRASIL, 2019a).

Essas hipóteses nada mais são do que uma cautelaridade social ou processual, pois a liberdade do acusado pode ser um risco para o processo ou para a sociedade. Logo, o *periculum libertatis*, nada mais seria que a necessidade de encarceramento cautelar do acusado (BONFIM, 2012, p. 787).

Como demonstrado no artigo acima, são divididas em quatro possibilidades de fundamentação, sendo elas: garantia da ordem pública; da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A garantia de ordem pública é um dos pontos basilares do presente trabalho, visto que a expressão garantia de 'ordem pública', é muito vaga, ou seja, de sentido amplo, criando assim motivo de divergências. Entende-se como uma medida necessária para manter a paz, tranquilidade social. Em se tratando de um crime de grande repercussão, a qual a sociedade é abalada, devendo deste modo existir uma função comissiva do judiciário, como o papel de amenizar a situação, não deixando

⁵ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 2019a).

⁶ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada (BRASIL, 2019a).



a imagem de insegurança e impunidade.

Nos ensinamentos de Nucci (2014, p. 699), “um furto simples não justifica a histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute, negativamente, no seio social”. Ademais, o tema ordem pública, será analisado adiante, em momento oportuno, com o intuito de esboçar melhor a problemática.

A garantia da ordem econômica é considerada uma espécie da garantia ordem pública, porém tem como propósito evitar que o acusado continue a praticar crimes contra a ordem econômica e financeira. Visa combater as condutas do agente, quando este demonstra abusos de poder econômico, manipulação dos meios de mercado, ou quando consegue criar um monopólio, trazendo diversos prejuízos para a concorrência e o Estado (LIMA, 2016, p. 1275).

Ela tem sido entendida nos crimes que envolvam repetitivos golpes no mercado financeiro, abalando assim a estabilidade e a ordem econômica do sistema financeiro, porém diferente da prisão para a garantia da ordem pública não é denominada amplamente uma medida cautelar, e sim uma antecipação da pena, para evitar que ocorra maiores riscos ou danos. O critério trazido pelo artigo 30, da Lei 7.492, que trata dos crimes contra a ordem financeira, é considerado inconstitucional, pois pautava a prisão baseando na magnitude da lesão causada, logo, não há cautelaridade, pois não é observado o risco que o acusado pode trazer a sociedade ou ao processo, e sim o dano causado (BADARÓ, 2017, p. 1045-1046).

Para assegurar a aplicação da lei penal. Esta fundamentação por sua vez, consiste na aplicação futura da pena, assim assegurar seu cumprimento, quando o acusado demonstrar iminente risco de fuga, ou ainda tentar dispor de seus bens, bens que seriam utilizados para o pagamento dos prejuízos causados por ele, deve ser decreta a preventiva.

Deve-se atentar que, deve ser demonstrado o risco real de sua fuga ou alienação dos bens, uma vez que somente as características do acusado, como condição financeira, não seria suficiente para o preenchimento dessa fundamentação. Assim corrobora, Paulo Rangel (2014, p. 808), “ A fuga não pode ser presunção judicial, mas sim fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente que o acusado deseja subtrair à ação da justiça”.

Por último, a decretação sob o fundamento da conveniência da instrução criminal. É utilizada de plano quando o acusado emprega meios para impedir ou embaraçar a investigação criminal, seja quando, tenta esconder as provas



existentes, ameaçar testemunhas, subornar peritos, coagir promotores ou o próprio magistrado. A medida busca a verdade real, de forma mais justa e possível ao fim do processo (RANGEL, 2014, p. 808). Lopes Jr, afirma que:

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, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 65).

O artigo 313 do CPP, traz um rol quanto as infrações que comportam a medida, admitido a prisão preventiva: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 anos; os acusados de crime doloso já condenados por sentença penal transitada em julgado; e ainda no âmbito das relações familiares, em caso de violência domestica e familiar contra a mulher, idoso, criança e adolescente ou pessoa com deficiência, onde buscará garantir a eficácia da medida de urgência. Existe ainda em seu parágrafo único, a possibilidade da prisão quando houver duvidas quanto à identidade do acusado, e ele não apresenta elementos para esclarecê-la. Assim quando sanada a dúvida ele deve ser colocado em liberdade.

Quanto ao prazo da prisão preventiva, estamos diante do princípio da proporcionalidade, ou seja, ela não apresenta prazo. Assim enquanto for necessário e razoável continuará preso. O art. 282 do CPP demonstra que estamos diante de uma cláusula *rebus sic stantibus*, assim se houver mudança nos motivos que ensejaram à preventiva, poderá haver sua revogação ou sua nova decretação, quantas vezes necessário, como aponta Távora e Alencar (2018, p. 958) “uma vez presente novamente os permissivos legais, nada obsta que o juiz decrete novamente, quantas vezes se fizer necessárias (art. 316, c/c o § 5º, do art. 282, CPP)”, isso partindo da análise do caso concreto.

A Lei 13.964/2019, também acrescentou um parágrafo único ao artigo 316 do CPP, o qual prêve a verificação da necessidade da prisão preventiva a cada 90 dias, caso não haja mais necessidade, deverá ser posto em liberdade, sob pena da prisão se tornar ilegal (BRASIL, 2019a).

2.2.4 Das Medidas Cautelares

Presentes no artigo 319 do CPP, utilizadas quando da prisão preventiva é



possível se impor uma sanção menos gravosa que a privação da liberdade, sendo alternativa aquela, mas que surta os mesmos efeitos. Devem ser observados do mesmo modo os indícios de autoria e o perigo de se manter em liberdade. Neste mesmo sentido, aduz Lopes Jr. (2017, p. 99) “As medidas diversas a prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento utilizado”.

As medidas previstas no art. 319⁷, do CPP, são alternativas, e não substitutivas, quando demonstradas possíveis devem ser de plano, empregadas. Não se pode admitir a cumulação da prisão preventiva com a medida alternativa, pois esta, tem mero caráter de assegurar a possibilidade dos atos processuais para fim de julgamento, e não antecipação da pena (BADARÓ, 2017, p. 1177-1178). Assim demonstra o referido artigo, sendo nove espécies de medidas alternativas:

A primeira delas diz respeito ao comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades. Tem como objetivo estabelecer uma relação entre o processo e acusado, isso a título de fiscalização, assim fica o réu demonstrando a possibilidade de comparecer e acompanhar o processo, e, em contrapartida, também favorece o magistrado, que passa a exercer um poder sob o acusado. Essas medidas serão impostas pelo magistrado, analisando o caso concreto, podendo ser semanal, quinzenal ou mensalmente.

A segunda prevê a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

⁷ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica (BRASIL, 2011).



quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações. Busca impedir a prática de um novo crime, ou evitar maiores problemas, assim mesmo respeitando a liberdade do indivíduo, ele passa a ser proibido de frequentar determinados locais (TOURINHO FILHO, 2013, p. 700), vale ressaltar ainda que a vedação deve ser específica, ou seja, demonstrada pelo magistrado os locais de proibição, podendo englobar áreas públicas ou privadas, isso fica a critério do caso concreto.

A terceira trata da proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. Ligada ao resguardo da pessoa, seja ela por ser vítima, ou por estar íntima a alguma circunstância do fato, para assim evitar um mal maior. Neste sentido demonstra Nucci:

Como regra, o foco é a vítima do delito, quando o cenário envolve crimes típicos de violência ou grave ameaça à pessoa, como tentativa de homicídio, lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal e etc. Outro campo fértil para essa medida diz respeito aos delitos, pois deles podem resultar infrações mais sérias. Essa medida foi inaugurada na Lei de Violência Doméstica, que, por ser lei especial, continua a valer por seus próprios preceitos. (NUCCI, 2014, p. 724).

Percebe-se então um resguardo da pessoa, vítima do delito, e sua ampliação aos casos de violência doméstica e familiar, pois essa, relação é muitas vezes de dependência, ou encontra-se com vários sentimentos envolvidos.

A quarta possibilidade diz respeito à proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Tem o escopo de resguardar a permanência do acusado na comarca para fins de instrução criminal ou conveniência, observe que essa hipótese evita que o acusado empreenda fuga, e esteja a todo momento próximo ao processo, facilitando assim a produção de prova se necessário.

Pode o juiz também proibir o réu de se ausentar do país, como demonstra o art. 320⁸ do CPP, desde que tomada às devidas cautelas pelas autoridades competentes de fiscalização do território nacional, podendo o magistrado solicitar ainda a entrega do passaporte no prazo de 24 horas (TOURINHO FILHO, 2013, p.

⁸ Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (BRASIL, 2011).



700).

A quinta possibilidade refere-se ao recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. Trata-se de uma medida menos gravosa que a prisão domiciliar, ora, o acusado, ou réu, fica em gozo de sua liberdade parcial, não há limitação absoluta da liberdade de locomoção, podendo durante o dia exercer suas atividades ficando restrito ao recolhimento domiciliar noturno e aos fins de semana, observe que para a aplicação dessa medida o acusado deverá possuir residência fixa e emprego (LIMA, 2016, p. 1357).

A sexta medida esta ligada à suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica, ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Ligada diretamente a quem exerce uma função específica, para Nucci (2014, p. 725), “A função pública liga-se ao funcionalismo, em geral, enquanto a atividade de natureza econômica ou financeira, ao particular em empresas privadas”. Observe que deve ser demonstrado, no caso concreto, a relação deve continuar, em razão do serviço exercido, portanto se faz necessário prova de nova ocorrência ou risco para que a medida possa ser concedida.

A sétima medida traz a possibilidade da internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração. Com o intuito de resguardar a sociedade da prática de novos crimes, uma vez que o agente, colocando em risco outras pessoas se estivesse em liberdade, para tanto essa ameaça deve ser constatada através de um laudo com conclusão por parte de peritos, visto que esta ligada diretamente aos inimputáveis e semi-imputáveis que serão submetidos à internação provisória.

Uma oitava alternativa trata da possibilidade da fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. A fiança é uma caução, uma prestação de valor ou bem ao Estado, dado em garantia, em troca da liberdade, buscando assim garantir que o indiciado, ou réu, permaneça no andamento do processo, sujeitando-se aos institutos da quebra ou perda da fiança.

Por fim uma nona possibilidade, uma das mais inovadoras que é a monitoração eletrônica. Essa medida vem sendo muito utilizada atualmente, pois,



permite saber a localização do indiciado, ou réu, não se limitando ao cárcere, portanto, é menos grave e eficaz, podendo ser isolada ou cumulativa a outras medidas. Para Fernando Capez (2016, p. 384), demonstra um grande avanço, trazido pela Lei 12.403/11, “possibilitou que esse sistema tecnológico fosse utilizado antes da sentença penal condenatória, isto é, no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

Deve-se também lembrar, da prisão domiciliar, artigo 317⁹ do CPP, que com o advento da Lei 12.403/2011, passou a ser utilizada também para os presos provisórios, pois, se trata de uma medida diversa a prisão preventiva, desde que preenchido os requisitos da decretação da preventiva, poderá ser substituída pela domiciliar, logo, não é uma prisão cautelar de natureza autônoma, observe que o art. 318 do Código de Processo Penal esboça as possibilidades onde poderá ocorrer a substituição.

Outra medida de natureza cautelar não autônoma, é a liberdade provisória, pois, mesmo que não haja prisão anterior pode ser decretada, entende-se como, o direito subjetivo que o acusado tem de aguardar o processo estando livre, desde que, não se encontre os requisitos das prisões cautelares. Com o advento da Lei 11.403/2011 a liberdade provisória que antes era utilizada como contracautela, passou a poder substituir a prisão preventiva, em flagrante e temporária.

Neste sentido, Greco Filho (2012, p. 429) corrobora que “os casos de liberdade provisória, portanto, têm, sempre, como antecedente, uma hipótese de prisão provisória, que é substituída por ela, porque a lei considera a prisão processual desnecessária”.

A liberdade provisória pode se dar por vinculação, ou seja, mesmo quando o crime não for passível de fiança, será implementada uma das medidas alternativas, poderá também ser decretada mesmo quando a liberdade provisória for sem vinculação, não sendo o crime afiançável, e nem passível de uma medida alternativa, prevista no art. 319, CPP.

Logo, entende-se que, quando houver algum descumprimento da prisão alternativa, poderá se impor à prisão preventiva diante das circunstâncias. Observe que o legislador quis preservar a liberdade criando as medidas alternativas à prisão

⁹ Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (BRASIL, 2011).



cautelar, uma vez que, a preventiva é considerada *extrema ratio* da *ultima ratio*, ou seja, é a medida mais ríspida, e deve ser utilizada no caso extremo, quando as outras medidas já não se demonstram eficazes, ou quando do seu descumprimento tem-se a caracterização de utilidade e necessidade, bem como indícios de autoria e o perigo de se manter o agente em liberdade.



3 A CONSTITUIÇÃO E A PRISÃO PREVENTIVA

Ao se comentar sobre as prisões cautelares, há de se observar princípios basilares deste instituto, estejam eles previstos de forma explícita na Constituição da República Federativa do Brasil, ou de maneira implícita, compreendidos ainda como de suma importância para o instituto. Assim, delinearemos alguns dos princípios norteadores da prisão cautelar, e especificadamente o princípio da presunção da não culpabilidade ou presunção de inocência.

3.1 Princípios Constitucionais

Para Miguel Reale, os princípios são:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 1986, p. 60).

Os princípios servem como critério de interpretação das normas constitucionais, auxiliando na criação do legislador, e na aplicação do direito pelos magistrados. O autor Barruffini demonstra muito bem em sua obra, os ensinamentos transmitidos pelo doutrinador português Canotilho, que afirma que os princípios constitucionais são divididos em duas categorias, sendo a primeira chamada de princípios políticos-constitucionais, que trataria das normas regulamentadoras da vida individual, tratando de relações específicas e particulares.

Já o outro ponto da divisão feita por Canotilho, chamada de princípios jurídicos-constitucionais, que seriam informadores da ordem geral, ou seja, seriam os desenvolvimentos dos princípios e garantias (BARRUFFINI, 2005, p. 1-3). Logo, eles são referências para dar consistência e fundamentação a um instituto, se tornando em muitas das vezes fundamentais até para sua existência.

3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Princípio Constitucional, corolário dos direitos fundamentais, traz a idéia de respeito ao indivíduo, buscando garantir tanto os direitos pessoais quanto os



coletivos, em busca de uma sociedade harmoniosa e com menos desigualdades. Contemplado no inciso III, do artigo 1º da Carta Magna de 1988, a dignidade da pessoa humana demonstra uma expressão pouco explorada, assim coaduna o ensinamento do doutrinador André Tavares, quanto a Dignidade da Pessoa Humana:

O filósofo que provavelmente mais contribuiu para a delimitação do conceito da dignidade da pessoa humana foi IMMANUEL KANT ao definir o homem como fim em si mesmo e não como meio ou instrumento de outrem. (TAVARES, 2012, p. 587).

O homem passou a ter uma maior demonstração quanto homem em sociedade, seja, buscando por direitos de interesses pessoais ou coletivos, tendo um papel efetivo, onde o Estado também passou a buscar, resguardar e respeitar esses direitos.

3.1.2 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do *due process of law*, está estampado no artigo 5º inciso LIV da Carta Magna de 1988, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Este princípio trouxe ao processo o sinônimo de garantia, ou seja, busca demonstrar um procedimento o qual o Estado segue um parâmetro em busca de uma proteção efetiva e mais justa, devendo ser analisado tanto nas perspectivas processuais, por meio de um devido procedimento, e também de forma material, colocando a aplicação normativa em concreto de forma adequada e harmoniosa (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 87).

Assim o devido processo legal veio para corroborar tanto as garantias do réu, direitos e garantias fundamentais, quanto às do Estado, criando assim ‘regras pré-estabelecidas’, logo este princípio poderia considerado o reitor de todos os outros. Assim o Estado, para que venha a cercear a liberdade de alguém deve seguir o devido processo legal.

O devido processo legal estabelece uma relação de direitos e garantias, como o da presunção de não culpabilidade, publicidade, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, dignidade da pessoa humana, entre outros, devendo ser respeitados no andamento processual (TOURINHO FILHO, 2013, p. 71).



3.1.3 Princípio do Contraditório

É o direito de ciência e manifestação das partes, como indica Norberto Avena (2018, p. 70), “trata-se do direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional”.

Isso faz com que tanto a defesa quanto a acusação tenham o direito de participação, contraditando e trazendo indícios para que o magistrado possa chegar a uma conclusão, é o tratamento isonômico entre as partes. O artigo 5º, inciso LV, da CF/88, prevê a seguinte expressão quanto ao contraditório; “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

3.1.4 Princípio da Ampla Defesa

Diretamente ligado com o princípio anterior, também previsto no mesmo artigo, a ampla defesa seria a possibilidade do réu, trazer ao processo todos os elementos que lhe forem convenientes a esclarecer a verdade dos fatos que lhe é imputado, ou mesmo calar-se desde que ache conveniente (MORAES, 2016, p. 113).

3.1.5 Princípio da Publicidade

Esse princípio, previsto no art.93, inciso IX¹⁰, CF/88, demonstra além de tudo a transparência do trâmite processual, ora, a regra é que o processo seja público, aberto tanto as partes quanto ao público em geral.

Assim, reflete sobre o tema, Brasileiro de Lima:

¹⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; (BRASIL, 1988).



A garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo revela uma clara postura democrática, e tem como o objetivo precípua assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade. Basta lembrar que, em regra, os processos secretos são típicos de estados autoritários. (LIMA, 2016, p. 103).

A publicidade poderá ser restrita, quando houver violação da intimidade ou em razão de interesse coletivo. Dispõe o artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988).

3.1.6 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais

Como já tratado anteriormente a fundamentação das decisões judiciais é de suma importância, principalmente no instituto das prisões, pois, se não feita de forma correta estaríamos diante de um ato nulo. Estampado no art. 93 inciso, IX da Constituição Federal, estabelece que o legislador se manifeste fundamentadamente quanto aos fatos que o levaram ao resultado do julgamento (BRASIL, 1988).

3.1.7 Princípio da Igualdade

O tratamento igualitário entre as partes, previsto no artigo 5º, inciso I, CF/88, “I -homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, impondo uma igualdade de tratamento para as partes (BRASIL, 1988). Greco Filho (2012, p. 106), assevera quanto ao tratamento de igualdade, “O conceito de igualdade, porém, não é absoluto, porquanto dar tratamento igual a desiguais seria o mesmo que dar tratamento desigual a iguais”.

É importante que se busque a relação de igualdade quanto ao tratamento, no intuito de tentar igualar ao máximo as diferenças, deste modo, devendo as partes ter as mesmas oportunidades, um verdadeiro tratamento isonômico.

3.1.8 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Princípio assegurado pelo devido processo legal, fala da possibilidade de revisão das decisões judiciais, proferidas por um juiz *a quo*, podem ser reanalisadas



pela instância superior. Observe que não se trata de um princípio totalmente amplo, pois, existem decisões no ordenamento jurídico brasileiro que não são passíveis do duplo grau de jurisdição (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 84).

3.1.9 Princípio *Favor Rei*

Decorrente do princípio da presunção de inocência, quando o magistrado se deparar com um caso ou normas passíveis de interpretações distintas, deve ele se valer da que mais beneficiar o acusado (*in dubio pro reo*), em se tratando da privação da liberdade a que atenda o *jus libertatis*, portanto, quando estiver com prova que permita interpretação para condená-lo ou absolvê-lo, deve ele optar por essa última, mesmo que tenha de correr o risco de colocar o acusado em convívio com a sociedade novamente (RANGEL, 2014, p. 35).

Previsto no art. 386, inciso VI e VII¹¹, do CPP, demonstra que claramente, quando houver dúvida deve se beneficiar o réu com a absolvição (BRASIL, 1941), para Nucci (2013, p. 794), “Se o juiz não possui provas sólidas para a formação de seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição”.

Também, mas não menos importante, devemos lembrar de mais alguns princípios que norteiam as prisões cautelares, mas não estão previstos diretamente na Constituição Federal, como o princípio da provisoriedade, pois, quando falamos em uma privação de liberdade em um momento cautelar, não estamos dizendo que o *status* é definitivo, mas sim provisório até que se modifiquem os fatos que geraram a limitação; princípio da proporcionalidade, analisando a necessidade e a adequação da medida, presentes os requisitos que autorizem a decretação e sua devida adequação ao fim, ou seja, um dos motivos do artigo 312 e um enquadramento com o artigo 313, do CPP; por fim é de suma importância falar do princípio da excepcionalidade, pois a prisão preventiva é em regra uma medida de “*ultima ratio*”, somente devendo ser usada em casos extremos, quando outros meios já não se demonstram eficazes.

¹¹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação (BRASIL, 2008).



3.1.10 Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade

O princípio está alocado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já previa o estado de inocência do acusado, bem como várias outras garantias, que posteriormente passaram a ser trazidas também pelo devido processo legal. Porém, foi somente em 1992 que o Brasil se tornou signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), por meio do Pacto de San José da Costa Rica, a qual traz em seu artigo 8º-2, que a pessoa acusada, tem o direito que se presuma inocente enquanto não provada sua culpa, assim tratamos da garantia em qualquer das fazes, seja ela investigativa, ou processual.

Com o advento da Emenda Constitucional de Nº 45 de 2004, a Declaração dos Direitos do Homem passou a ser reconhecida com *status* de garantia constitucional, com isso os tratados internacionais que versam sob Direitos Humanos, passaram ter o mesmo patamar da Constituição Federal (1988). Compreendidos agora, como direito fundamental, previsto no rol de Garantias e Direitos Fundamentais, da CF/88, bem como nos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil.

É um princípio voltado ao direito processual penal como uma das maiores, se não, a maior garantia do réu, pois após o direito à vida, o direito à liberdade é de suma importância para o homem, e principalmente para o acusado, daí o surgimento da expressão garantista e protecionista do indivíduo, contra o arbítrio do Estado em se cercear a liberdade.

Pode-se entendê-lo como uma orientação para o legislador, porém, no sentido inpositivo, por se tratar de um princípio regente, de suma importância no devido processo legal e no ordenamento em geral. (Revista de Direito Brasileira, São Paulo, 2016¹²).

Assim leciona Fernando Capez (2018, p. 117), afirmando que a amplitude do

¹² BRASIL, Deilton Ribeiro. A GARANTIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU DE NÃO CULPABILIDADE): UM DIÁLOGO COM OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, ed. 6, p. 376-398, set./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3038/2785>. Acesso em: 25 mar. 2020.



princípio se apresenta nos três momentos, seja no momento da instrução processual, no momento da avaliação de provas, assim quando houver dúvida beneficia-se o acusado (*in dubio pro reo*), ou ainda no curso do processo penal.

O papel de comprovar a culpabilidade do acusado está na mão do Estado, visto que a constituição assegura o direito à presunção de inocência, se não o garantir, voltaríamos ao período inquisitivo, atacando as garantias e direitos individuais, bem como o devido processo legal (MORAES, 2016, p. 125).

Temos então que o princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental a proteção do indivíduo, pois o Estado mesmo que na figura de órgão punitivo, tem como interesse que todos sejam inocentes, visto que a regra de tratamento é o andamento do processo em liberdade, e em seu fim o desfecho da sentença. Pode ocorrer há necessidade do cárcere antecipado, como nas medidas cautelares, assim falamos da relativização do princípio, que como os demais não é absoluto, desde que sujeitos aos institutos da jurisdição e motivação e ainda presente sua excepcionalidade e provisoriedade (LOPES JÚNIOR, 2017, p.14-15).

3.2 Da Ordem Pública

É um termo vago e impreciso, não representando sua total amplitude no processo penal, assim não se tem um conceito próprio e definido sob o que viria a ser “ordem pública” para a fundamentação da prisão preventiva, para Tourinho Filho (2008, p. 524), “ é um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à Lei Magna, mesmo porque a expressão ordem pública diz tudo e não diz nada”. Logo, a falta de classificação para o termo deixa à decretação da prisão preventiva muito genérica, aberta a diversas possibilidades, sendo o réu condenado a partir de requisitos que não apresentam nenhuma cautelaridade que enseje a prisão preventiva.

3.2.1 Noção da expressão “Ordem Pública”

A jurisprudência tem-se utilizado da expressão garantia de ordem pública como um conceito um pouco aberto, como: comoção social; periculosidade do agente; insensibilidade moral do acusado; clamor público; repercussão midiática; ou ainda para assegurar e garantir a credibilidade da própria justiça, visto que a



vagueza de significado traz a hipótese de várias interpretações (BADARÓ, 2017, p. 1041).

“Ordem pública”, para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 699-706), está baseada na gravidade da infração, repercussão social e na periculosidade do agente, assim essas três características devem estar interligadas, fazendo com que haja uma indignação social, clamando por uma resposta do poder judiciário, e por fim ainda observando a potencialidade delitiva e reiterativa do infrator, veja que, os antecedentes criminais do agente seriam utilizados para analisar sua conduta criminosa, como parâmetro de fixação da prisão, logo, abre um leque bem grande de possibilidades de interpretação da expressão.

Para Tourinho Filho, garantia de ordem pública seria:

“[...] entende-se por ordem pública a paz e a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que consiga surpeendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia ao crime; incitando ao crime; ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação de ordem pública.”. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 687).

O principal intuito da prisão cautelar fundada na garantia de ordem pública, então seria evitar que o acusado voltasse a delinquir, tais como outras possíveis possibilidades cabíveis na expressão, simplesmente uma execução sumária da pena, uma antecipação da privação da liberdade (TOURINHO FILHO, 2013, p.688).

Evitar que o réu volte a delinquir e resguardar a credibilidade da justiça, observando se a periculosidade do agente é um elemento suficiente para a decretação da prisão preventiva, isso ainda corroborado com a gravidade do delito (BONFIM, 2012, p. 788).

O termo é tão vago que pode ser adaptado a vários momentos históricos diferentes, ou abarcar todos os tipos de interesse, observe que até o artigo 312 do CPP, como todas as outras medidas de fundamentação tem de maneira direta, ou indireta, o intuito de proteger os interesses da sociedade, assegurar a ordem social, portanto, essa exagerada interpretação, coloca em perigo o acusado quando se deixa aberta a criação de diversas possibilidades punitivas ao poder Estatal, assim a garantia de ordem pública não tem nenhum fim cautelar (Rev. Fac. Direito UFMG¹³).

Aury Lopes Jr., crítico do tema, afirma que a tanto a ordem pública quanto a ordem econômica, são os fundamentos preferidos, visto que não se tem um devido

¹³ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1734/1647>. Acesso em: 10 abr. 2020.



enquadramento para tais. Assim seria necessária sua modificação ou conceituação, pois a gama de várias tentativas de definições como, o clamor público, a gravidade do delito e a tranquilidade social, não passariam de uma confusão. Quanto à credibilidade da justiça, aduz que “[...] se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 64).

O conceito permanece vago, permitindo uma interpretação tão extensa, como demonstra a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito[...].(BRASIL, 2012).

Pacelli (2018, p. 445), critica a expressão, pondo que ela não se dirige ao processo penal, e sim a sociedade, visando que o fato da não condenação viria a causar diretamente uma intranquilidade social, assim a noção de ordem pública, como não se tem parâmetro, seria qualquer desordem que afetasse ou perturbasse a sociedade.

A Lei 12.403/11 alterou os institutos das prisões, trazendo várias alterações tanto para prisões quanto para medidas cautelares. Modificaria o art. 312 do CPP, não mais trazendo a expressão “ordem pública”, e em seu lugar elencaria uma classificação precisa, que diferente da anterior, teria um significado definido.

Traria assim, a seguinte redação, como demonstra Brasileiro de Lima:

“[...] venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.”. (LIMA, 2017, p. 1270).

Contudo, o Congresso Nacional, optou por manter a decretação da prisão preventiva sob o manto da garantia de ordem pública e econômica, continuando a



vigorar no ordenamento a vaga e imprecisa noção de ordem pública. (LIMA, 2017, p. 1270).

Para Pacelli (2018, p. 444), o legislador perdeu a oportunidade de modificar a expressão, demonstra que: “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”.

No momento em que o legislador teve a oportunidade de alterar a expressão grantia de ordem pública, visto que já estava se fazendo uma grande alteração no instituto das prisões, e que já havia uma enorme crítica a seu respeito, ele perdeu a oportunidade de reformar a expressão, ou criar uma nova, acabou por deixar novamente, dúvidas quanto a seu significado e abrangência.

Observa-se haver três principais correntes que tratam sobre o significado de garantia de ordem pública, como afirma muito bem, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

Uma primeira corrente (minoritária), afirma que uma prisão fundamentada em ordem pública não tem o menor caráter cautelar, é simplesmente uma antecipação de pana, logo, as medidas cautelares deveriam ser aplicadas para garantir a realização do processo, dado que, a ordem pública em sentido amplo se enquadraria em qualquer modo de prevenção social, não mantendo nenhuma intimidade com a cautelaridade das prisões preventivas.

A segunda corrente (majoritária), é a que vem mais sendo aplicada nos tribunais, está voltada ao potencial delitivo do acusado, que permanecendo solto teria uma maior probabilidade de reincidência, voltando às práticas delituosas, tenta prevenir a sociedade da reiteração, analisando a periculosidade e o risco do agente solto em sociedade, assim tenta cumprir seu caráter cautelar, tendo como o escopo da medida evitar a reiteração e garantir o resultado ao processo com a autorização da prisão cautelar.

Por fim, ainda temos que falar de uma terceira corrente (minoritária), esta no que lhe concerne, está intimamente unida a repercussão social e o que isso pode vir a refletir na sociedade, é o caso da prisão para garantir o efetivo papel do poder judiciário, pela gravidade do delito, ou quando o crime é de grande comoção social (clamor público), e diante dessa circunstância temos o papel da credibilidade da justiça, portanto, estariamos limitando a liberdade de locomoção em razão comoção



social e da credibilidade da máquina judiciária, claro que para todas essas correntes devem ser observada a necessidade e adequação (LIMA, 2017, p. 1271-1275).

Após analisar alguns significados do que vira a ser ordem pública, ainda percebe-se uma enorme dificuldade de conceituação, passível de interpretações distintas, assim analisaremos no tópico posterior essas possibilidades de interpretação da ordem pública, e seus reflexos na fundamentação da prisão preventiva.

3.2.2 Prisão Preventiva Fundada em Garantia de Ordem Pública

Ao verificar a decretação da prisão preventiva deveremos observar os requisitos, sejam eles, *fumus commissi delicti*, a fumaça do delito cometido, ou seja, os indícios de autoria e materialidade do fato, e ainda o *periculum libertatis*, onde se enquadra a garantia de ordem pública. Mougnot Bonfim (2012, p.787), afirma quanto à cautelaridade da prisão preventiva, e sua relação com o artigo 312 do CPP, “[...] o próprio art. 312 do CPP estabelece as situações em que se faz necessário o encarceramento cautelar do imputado (*periculum libertatis*). A liberdade do indiciado ou acusado pode ser perigosa para o processo, ou para a sociedade”.

É necessária a motivação e a presença de ao menos um dos requisitos do artigo 312 do CPP, pois, somente a aplicação da lei penal não justificaria a necessidade da prisão preventiva, assim como medida cautelar deve ser tomada em *ultima ratio*, analisando se a liberdade do acusado realmente põe perigo à sociedade. Logo, a preventiva somente poderá ser decretada se evidenciada e fundamentada (motivação das decisões judiciais), e analisando ainda, sua necessidade, adequação e a proporcionalidade (MARCÃO, 2016, p. 797-798).

Mesmo diante de tantas críticas e posicionamentos diferentes a garantia de ordem pública ainda vem sendo utilizada para a decretação da prisão preventiva mesmo que com algumas limitações (BADARÓ, 2017, p. 1043), é fato que algumas das tentativas de conceituação de ordem pública não podem ser tratadas como fundamento, pelo menos em situações em que vigore sozinha, não poderia ensejar a ordem pública, isso é tratado como uma limitação à vaga expressão.

Atualmente não se tem mais aceitado a prisão preventiva para assegurar a integridade física e a vida do acusado, uma vez que violaria o princípio da presunção



da não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, portanto, prender para assegurar, é um grande abuso de ilegalidade, tendo o Estado o dever de protegê-lo, mas para isso não deveria limitar a liberdade de locomoção, e sim assegurar sua segurança por outros meios efetivos, que não a limitação da liberdade pelo cárcere. Neste mesmo sentido, corrobora Lopes Jr. (2017, p. 65) afirmando que: “[...] 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”.

Outro ponto muito criticado pela doutrina é o clamor público que muitas vezes figura como fundamento, é a súplica da sociedade diante do medo do acusado permanecer impune pelo do crime cometido, a sociedade em massa busca pelo cumprimento da efetiva pena, porém, em muitos casos o sentimento de revolta se transforma em vingança (GRECO, 2018, p. 422). O clamor social, gerado pelo abalo, não poderia ser uma “munição” para fazer o acusado pagar pelo crime, observe que tratamos de uma prisão provisória, onde deve o réu ser presumido inocente até que se prove o contrário, assim a reprovabilidade social não poderia incriminá-lo, ou ser um indício suficiente para a decretação da prisão.

Pacelli (2018, p. 446), ratifica que embora não seja um fundamento utilizado por si só para a fundamentação da prisão, ainda há casos em que a opinião pública ou o abalo social, traz influências para a decretação.

Como demonstra o trecho extraído da obra do autor, julgamento de HC 84.498/BA:

A Suprema Corte, no julgamento do HC nº 84.498/BA, Rel. o Min. Joaquim Barbosa, em 14.12.2004, reconheceu a possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, em razão da “enorme repercussão em comunidade interiorana, além de restarem demonstradas a periculosidade da paciente e a possibilidade de continuação da prática criminosa”. Tratava-se de apuração de homicídio qualificado, praticado contra o cônjuge. Na oportunidade, ficou vencida a Min. Ellen Gracie (Informativo STF nº 374, 2.2.2005). (PACELLI, 2018, p. 446).

A resposta imediata criada pelo sensacionalismo dos meios de comunicação, ou ainda um abalo causado, acaba por requisitar esforços ainda maiores para que o acusado venha a ser preso preventivamente, o clamor social estaria pressionando o poder público.

Também não seria plausível assegurar a prisão de alguém para garantir um papel efetivo da justiça, não justifica de maneira nenhuma a prisão preventiva, já que, não está lastreada pela cautelaridade, não cabe ao poder judiciário, tentar velar



pela segurança aplicando a prisão em casos onde não haja comprovada necessidade, para simplesmente demonstrar efetivo serviço prestado.

Nos ensinamentos de Paulo Rangel, quanto à credibilidade da justiça, para a fundamentação da preventiva:

Contudo, não podemos confundir a prisão cautelar com a política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Se há roubo, homicídios, estupros etc. ocorrendo nas metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para combater essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou de mão a medida cautelar para contê-la. Uma coisa é certa de que nas ruas não há polícia; outra bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso. (RANGEL, 2012, p. 763).

Percebe-se então, que também não tem sido aceita pelos tribunais a prisão preventiva baseada apenas na gravidade abstrata do delito cometido, mesmo que o crime praticado seja hediondo (BADARÓ, 2017, p. 1043), em consequência disso devemos lembrar também dos efeitos gerados pelo crime, ou seja, grande comoção social, e em consequência culminado também pelo descrédito do poder público que também não podem ser sozinhos fundamentos (CAPEZ, 2016, p. 369).

Quanto ao tempo entre a conduta delitiva e a decretação da prisão preventiva, não tem sido aceita a prisão ocorrida muito tempo após a prática do delito, porque é muito difícil analisar se o perigo que o acusado expõe em liberdade se prologaria no tempo após a conduta (BADARÓ, 2017, p. 1043), também não haveria proporcionalidade na medida, pois a prisão preventiva poderia ser decretada a qualquer prazo, criando assim uma situação de conveniência, o que foge dos padrões de respeito ao indivíduo, que estaria todo momento vinculado à vontade do Estado.

Tem se entendido atualmente, principalmente nos tribunais, que o artigo 282, inciso I, do CPP, restringiu a possibilidade de decretação de prisão preventiva enquadrando os casos de extrema cautela, para assegurar a aplicação da lei penal, a instrução criminal, e nos casos previstos, para evitar a prática de infrações penais, ou novas infrações. Observe que o art. 312 do CPP, já trazia um rol taxativo quanto às possibilidades de fundamentação, já elencando a conveniência da instrução criminal e para assegurar a lei penal, assim à ordem pública estaria enquadrada na terceira possibilidade de cautela, com o escopo de evitar a prática de novos crimes, para que se possa admitir prisão preventiva com base na garantia de ordem pública



ela tem que estar limitada em evitar a reiteração criminosa (BADARÓ, 2017, p. 1044-1445).

Lopes Jr. (2017, p. 65) também afirma quanto à limitação a reiteração criminosa: “[...] Quando ao agente fossem imputados diversos crimes, de modo que a prisão impediria que voltasse a delinquir. Com maior ou menor requinte, as definições para “garantia da ordem pública” não fogem muito disso”. Este fundamento junto com a credibilidade da justiça, claro que não voltado ao clamor público, vem sendo utilizado para embasar decisões judiciais, revelando-se muitas vezes como uma medida de transparência de políticas públicas da persecução criminal (MARCÃO, 2016, p. 801).

Por fim, observa-se que, em poucas vezes um único fundamento se fará suficiente para a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, é importante ainda lembrar que esses fundamentos devem estar adstritos aos indícios de autoria e materialidade do delito, por fundamentação da autoridade competente, e na necessidade da estrita demonstração, nas palavras de Renato Marcão (2016, p. 801): “É preciso que o magistrado demonstre empiricamente a necessidade incontestável da medida excepcional que é a prisão antecipada, e o ato judicial que a formaliza deve conter fundamentação substancial”.

Conclui-se então que deve haver necessidade fundada, com suficiente cautela, para que se possa fundamentar a prisão preventiva com requisito de ordem pública.



4 A PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA EM ORDEM PÚBLICA NOS JULGADOS BRASILEIROS

Após uma breve exposição do que viria a ser garantia da ordem pública, é de suma importância que analisemos como isso vem sendo tratado pelos tribunais, mesmo com o passar dos anos, e a chegada da Lei 12.403/11, o longo “rol” de possibilidade de decretação da prisão preventiva em garantia da ordem pública vem buscando estreitar-se ao máximo, a fim de conceituá-la ou limitá-la, tentando assim evitar posicionamentos divergentes.

É importante ainda lembrar que de todos os posicionamentos observados o que vem mais se destacando e sendo utilizado, é a prisão para evitar a prática de novos crimes. Analisa-se a seguir algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que tratam sobre o tema.

4.1 Análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça

Como já tratado anteriormente, não vem sendo aceita pelos tribunais a utilização da gravidade concreta do delito para a fundamentação da prisão preventiva, nem o clamor público, como fundamento idôneo, que por si só poderia ensejá-la. Assim demonstra Nucci (2014, p. 704), quanto à fundamentação na gravidade do delito: “[...] o relevante é fugir à abstrata avaliação do delito, pois, do contrário, a prisão preventiva tornar-se-ia obrigatória para inúmeras infrações penais, como por exemplo, as classificadas como hediondas”.

Conseguimos vislumbrar então, que na análise do caso concreto a gravidade do delito, nada mais seria que um elemento da conduta, ou seja, um elemento do tipo penal, logo, tão somente a gravidade do delito por si so não figura um elemento para decretação da prisão.

Em contrapartida, o STJ em recurso de HC: 398644 SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, utilizou da argumentação de gravidade concreta, como demonstra a ementa:



PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DE REGIME. PRÉVIO WRIT. PENDÊNCIA DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste ilegalidade em aresto que deixa de conhecer de impetração no que concerne a tema cujo exame pode melhor ser cuidado no seio de concomitante apelação. Hipótese em que a revisão da dosimetria e a fixação do regime inicial de cumprimento de pena poderão ser melhor analisadas em sede recursal ordinária. 2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da **gravidade concreta dos fatos delituosos**, cifrada na expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida (aproximadamente 1,5 kg de maconha e 35,24 g de crack), tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema. 3. Ordem denegada. (BRASIL, 2017).

Fora utilizado a gravidade concreta da conduta, como fundamento para pautar a garantia de ordem pública, não estando adstrita somente de se evitar novas condutas delitivas por parte do agente, se permanecer em liberdade, mas sim na gravidade concreta do crime cometido, analisado também com a reprovabilidade da conduta.

Observa-se que a Ministra relatora compactua do entendimento de que a gravidade da conduta e a periculosidade do agente são capazes de nortear a prisão preventiva, assim demonstra o corpo do acórdão:

Trata-se de um crime grave, causador maior da violência urbana que assola a sociedade e destrói nossos jovens e famílias. A conduta narrada demonstra intensa periculosidade vez que o acusado é jovem, com 20 anos recém completados, sendo localizado em seu poder **quantidade expressiva de drogas diversas**, além da grande quantidade de dinheiro, além disso foi narrado pelos policiais que a denúncia anônima indicava intenso trafico na residência do acusado.

Tais circunstâncias indicam íntimo envolvimento com a criminalidade, e a utilização do crime como meio de vida, e que a liberdade do acusado colocará em risco a ordem pública com a reiteração da conduta. (BRASIL, 2017).

Encontra-se alguns resquícios da crítica, pois, para que seja decretada a medida cautelar da prisão preventiva, deve estar presente o indício de autoria e materialidade, bem como, o perigo do agente de se continuar em liberdade. A decisão deve estar baseada na existência concreta do delito, claro que por falarmos em prisões cautelares nos referidos aos indícios de autoria de que o agente teria praticado o crime. A gravidade da conduta passou a ser utilizada tanto para a fundamentação de prisão preventiva, como na dosimetria da pena, incorrendo em *bis in idem*, prejudicando duas vezes a mesma pessoa pelo mesmo fato (METZKER,



2019¹⁴).

Quanto ao clamor público, entende-se que ele não tem sido aceito como fundamento para a decretação da prisão preventiva, ao menos de *per si*, pois, como já tratado, é a vontade pública que está tomando o papel de manifestante contra a liberdade do acusado. Ela não estaria diretamente relacionada com uma existente necessidade cautelar, mas sim a manifestação social da população, ou de um determinado grupo de pessoas que buscam pela prisão do réu, não apresentando cautelaridade, e sim antecipação da pena. Verifica-se a seguinte ementa de RHC: 93681-MS, do Ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPU. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE SOCIAL. CLAMOR PÚBLICO. GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. [...]2. No particular, a prisão preventiva do recorrente está fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública tendo em vista (i) a sua periculosidade social, evidenciada pelo modus operandi do delito (a vítima, em tese, teria sido convidada a beber pinga e, quando estava embriagada, foi morta a pauladas, sendo o cadáver posteriormente queimado e jogado numa fossa nos fundos da residência onde o crime foi praticado, sob motivação de se obter a posse do referido imóvel); e a (ii) repercussão social do crime (clamor, e comoção causados na comunidade local), com adequação aos requisitos do art.312 do Código de Processo Penal. Ausência de constrangimento ilegal. 3. Eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, mesmo que tivesse sido comprovadas, por sí sós, não obstarão a segregação cautelar, porquanto presentes os requisitos legais para a segregação de prisão preventiva. Precedentes. 4. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que a segregação encontra-se na gravidade cometida do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública. 5. Recurso conhecido e não provido. (BRASIL, 2018).

Os argumentos utilizados estão lastreados na periculosidade do agente, bem como no clamor público e na gravidade do delito. Não estão dispostos de maneira isolada e sim cumulados com o intuito de evitar reiteração delitiva do agente. Esses argumentos ainda são lastreados quanto à credibilidade da justiça, como demonstra o trecho retirado do inteiro teor da ementa:

¹⁴METZKER, David. **Gravidade concreta não pode gerar prisão preventiva**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-26/opiniao-gravidade-concreta-nao-gerar-prisao-preventiva>. Acesso em: 19 abr. 2020



No caso, cuja a situação amolda-se ao art. 313, I, do Código de Processo Penal, a necessidade da prisão preventiva está assentada na necessidade de se estabelecer à garantia da ordem pública, afetada pela “periculosidade do paciente” e pela “repercussão social do fato”. Neste contexto, a não decretação da prisão da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade. Que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do poder judiciário. (BRASIL, 2018).

Por fim, concluí-se que vem sendo utilizado como fundamento pelo Superior Tribunal de Justiça, a gravidade da conduta e a credibilidade da justiça, isso cumulado com elementos da periculosidade do agente. Porém, ainda se percebe resquícios dos outros argumentos na influência da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

4.2 Análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o risco da reiteração delitiva tem fundamento idôneo para motivar a prisão preventiva, isso com o propósito de evitar que o réu volte a delinquir, e ainda resguardando a criminalidade frente à impunidade social.

Neste sentido, tem se utilizado muito para evitar a prática de infrações causadas por organizações criminosas, onde o agente solto colocaria em risco a sociedade, visto que, diante das circunstâncias do caso, seria muito difícil o afastamento do agente da conduta criminosa. Assim aduz a seguinte ementa de HC 155228 SP, como relator o Ministro Marco Aurélio:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE MOTIVADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. A decisão que determinou a segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastrada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, ante a periculosidade social do agente, evidenciada pelo envolvimento em organização criminosa armada voltada ao cometimento de tráfico de drogas. 2. Habeas corpus indeferido. (BRASIL, 2019b).

Com o crescimento das grandes metrópoles e o aumento das desigualdades sociais, o crime organizado passou a representar sérios prejuízos e abalar toda a sociedade, que vive apreensiva e com medo, dado que, chegamos a um ponto tão grande, que já não se tem mais controle. Assim como uma medida de prevenção da sociedade, baseado no risco delitivo e concreto que o acusado impõe, não há que se falar em ilegalidade (NUCCI, 2014, p. 705).

No trecho extraído da ementa de HC 111.124 SP, sob relatoria do Ministro Ayres Brito, como já tratada anteriormente, onde os fundamentos como clamor social



e credibilidade da justiça não passam de manifestações do sentimento social, ou a opinião amplamente publicada pela mídia, assim demonstra:

HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. [...]. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito penal e Processual penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassa o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desdobram da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. 3. [...] (BRASIL, 2012).

O abalo social e a repercussão do crime, influenciada pela mídia, em especial pela televisiva, a qual atinge em massa a população, fazendo com que ela passe a ter um juízo de valor sobre o acusado, criando a ideia de culpabilidade, no caso antecipada. A mídia vive em uma grande disputa para ver quem tem mais pontos de audiência, assim o sensacionalismo toma conta dos noticiários, portanto, o clamor público não pode servir de influência para que o magistrado, que deve ser imparcial, e não sofra interferências diretas da opinião social (SILVEIRA; DIAS, 2015¹⁵).

Outro argumento que por muitas vezes ainda vem sendo utilizado para a decretação da prisão preventiva é a questão da reincidência, ou antecedentes criminais do acusado, com a gravidade do delito. Em muitos casos, entendida como uma conduta praticada de forma reiterada pelo acusado, o que levaria a acreditar que a conduta delituosa se pauta como seu meio de vida (NUCCI, 2014, p. 702). Os antecedentes criminais como argumento para a decretação estariam baseados também no perigo que o agente poderia trazer a sociedade, pois, a conduta criminosa geraria tanto um risco social, quanto um risco para o próprio acusado.

Não há de se dizer que a reincidência seria capaz de fundamentar a prisão, pois, o que deve ser considerado é o risco atual que o agente pode vir a colocar se estiver em liberdade, e não seu passado, o delito praticado atualmente é que representaria o condão se analisar sua periculosidade. Há de entender que os antecedentes do agente dizem de certa forma quem ele é, porém, deve estar

¹⁵ SILVEIRA, Alexandre Marques; DIAS, Felipe da Veiga. **Mídia televisiva e a decretação da prisão preventiva com base no clamor público: uma análise crítica a partir da jurisprudência: V Congresso Iberoamericano de Investigadores e Docentes de Direito e Informática.** In: Congresso Internacional De Direito E Contemporaniedade, 3., 2015, Santa Maria / Rs. Anais [...] . Ufsm - Universidade Federal de Santa Maria, 2015. p. 1-15. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-2.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.



integralmente ligado com o crime e o risco que ele atualmente possa vir a oferecer.

Como exemplo de fundamentação baseada na reincidência, temos o posicionamento do Supremo, observemos o HC 167446 SP:

PRISÃO PREVENTIVA-REINCIDÊNCIA-PERICULOSIDADE. Ante a constatação de tratar-se de acusado reincidente, tem-se como viável a prisão preventiva, considerada a sinalização de periculosidade. (BRASIL, 2019c).

Tem-se que, tanto evitar a reiteração criminosa, ou a volta ao cometimento de delitos, bem como os reincidentes, tratados acima como um sinal de que o réu possa colocar a sociedade em perigo, vem sendo utilizados de maneira idônea como fundamentação.

Em síntese, após essas análises ainda se percebe a dificuldade de se enquadrar a garantia de ordem pública para a decretação da prisão preventiva, utilizando ainda meios de interpretações que se divergem nos tribunais, onde alguns são considerados meios convenientes à decretação e outros não.

4.3(In)compatibilidade com o princípio da presunção da não culpabilidade

Atualmente com a Constituição tutelando tantos direitos resguardados ao homem, é uma difícil decisão, entre limitamos a liberdade individual do acusado em prol de garantir à segurança e a paz social, claro que é uma tentativa de resguardar a sociedade, do mundo caótico em que vivemos, a privação da liberdade seria em prol do bem coletivo, apresentando maior relevância. Há de se entender que ainda não chegamos ao ápice de ter todos os direitos amplamente resguardados sem nenhum tipo de limitação, tendo que primar por uma equivalência entre liberdade e a paz social. Para o devido enquadramento da prisão preventiva é indiscutível a presença do *periculum libertatis*, como demonstra muito bem, Lopes Jr:

Caso não esteja presente o *periculum libertatis* para justificar ou não sendo ela necessária ou proporcional, deverá o juiz conceder liberdade provisória mediante fiança ou sem fiança, conforme o caso, e ainda, se necessário, cumular uma ou mais medidas do art. 319. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 34).

O critério adotado pelo magistrado para que se possa decretar a prisão ou as medidas cautelares diversas, tem que estar adstrito a, três elementos básicos, sendo eles, a necessidade, porque se não for demonstrada a periculosidade do agente, e não implicar em suma importância á decretação da prisão, como é exceção, não poderá ser decretada; adequação, onde se busca atingir o necessário fim que a



prisão antecipada foi prestada; a proporcionalidade entre a prisão e a ofensa que o acusado vem a causar se continuar em liberdade (RANGEL, 2014, p. 767). Isso não pode ser analisado de maneira abstrata, e sim colocado sob o caso concreto, onde deve ser verificada a suma necessidade da prisão, resguardando a constitucionalidade e os direitos do acusado.

A garantia de ordem pública, conceito tão amplo e de uma grande extensão, logo, se amolda em qualquer caso, não é compatível com o caráter de exceção e cautela, que a prisão processual exige. Tem que estar disposta da total cautelaridade, para não se enquadrar em hipótese alguma em antecipação sumária da pena, não se pode falar em prisão preventiva sem estar amparada pelo princípio da presunção de inocência.

O intuito da prisão preventiva é assegurar a eficácia processual, e a garantia de ordem pública é de difícil demonstração, pois os fatos de qualquer conduta se amoldam perfeitamente a expressão, e algumas expressões usuais para preencher a “lacuna” da ordem pública se assemelham muito mais com o caráter da prisão pena.

Não há que se falar em inconstitucionalidade da prisão preventiva, visto que, o problema gira em torno da expressão ordem pública, para o posicionamento majoritário o que vem sendo mais utilizado atualmente, é aceito como constitucional, quando decretada com o fim de resguardar o processo e evitar que o agente volte a delinquir, resguardando assim o princípio da não culpabilidade, acatando e preservando todos os requisitos da cautelaridade.

Vale ainda lembrar, que independentemente de qual posicionamento se adote, comprovada a periculosidade do agente, ou o risco social que possa trazer, ou se ainda se enquadrar em uma das hipóteses que autorizam a prisão, que não há da garantia da ordem pública, as condições favoráveis do acusado, como bons antecedentes, residência fixa, ser réu primário, não impedem a possibilidade de se decretar a prisão preventiva (LIMA, 2016, p. 1275).



5 CONCLUSÃO

Por se tratar de uma exceção e não de uma regra, é necessário que a prisão preventiva fundamentada sob o manto da ordem pública resguarde o princípio da presunção de inocência, primando pela necessidade e razoabilidade, na análise do caso concreto.

Dos diversos posicionamentos esmiuçados sob o tema, é possível concluirmos que, vem se dividindo em três principais correntes de pensamentos, que definem ou ao menos tentam limitar a “ordem pública”. Um primeiro posicionamento determina que a ordem pública estivesse adstrita a gravidade abstrata do delito, cumulada com a periculosidade do agente, e os reflexos que isso traria para a sociedade, gerando um abalo social. O segundo posicionamento é o que de longe traz a maior crítica ao instituto, aduzindo que, não há cautelaridade alguma em se decretar a prisão preventiva sob o argumento de garantir a ordem pública.

Por fim, um terceiro posicionamento pauta a possibilidade de encarceramento baseada em evitar que o réu volte a delinquir, e é a que sem dúvida vem sendo mais utilizada atualmente, assim considerada por muitos como constitucional e plausível, a não gerar mais dúvidas, pois, se tem entendido que a Lei 12.403/11 ao esboçar as finalidades da prisão preventiva enquadrou a expressão, no art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal, “para evitar à prática de novas infrações penais” (BRASIL, 2011).

Destoando do posicionamento majoritário, e analisando que a gama de expressões ainda vem permeando e influenciando nas decisões da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, como observados nos julgados. É importante ressaltar o caráter antecipado da medida, visto que a prisão antecipada sem a necessidade concreta, foge muito do intuito do judiciário, em evitar novas infrações penais, afrontando o princípio da não culpabilidade, e assim os prejuízos trazidos ao réu seriam enormes.

Com o atual sistema prisional, mesmo tendo o condão de ressocializar o indivíduo, na maioria dos casos ocorre o oposto, e as qualidades que ainda lhes restam, muitas vezes são perdidas para o mundo do crime, concluimos então a suma importância do resguardo do acusado.



Portanto, ainda se faz necessário à devida conceituação de garantia da ordem pública, seja para trazer um conceito novo, seja para enquadrá-la em um já existente, como o de evitar que o réu volte a delinquir, mas somente a essa expressão, não permitindo mais essa instabilidade, e sem dúvidas restantes quanto ao seu significado, terminando com o problema, não possibilitando a ocorrência de alguma inconstitucionalidade por falta de delimitação do tema, no decorrer dos processos.



REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Método, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/38685300/Processo_Penal_Norberto_Avena. Acesso em: 12 mar. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito Constitucional 2**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2073-Codito-de-Processo-Penal-Anotado-Edilson-Mougnot-Bonfim.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 dez.2019.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019a**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

_____. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília, DF: Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. **Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011**. Altera Dispositivos do Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941 - Código de Processo Penal, Relativos à Prisão Processual, Fiança, Liberdade Provisória, Demais Medidas Cautelares, e Dá Outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12403.htm#art3. Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. **Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011**. Altera Dispositivos do Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941 - Código de Processo Penal, Relativos à Prisão Processual, Fiança, Liberdade Provisória, Demais Medidas Cautelares, e Dá Outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12403.htm#art3. Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.. Brasília, DF: Brasil, Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Brasil, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%203.689-1941?OpenDocument. Acesso em: 25 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 111244-SP**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 10 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília: Jusbrasil, 26 jun. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085112/habeas-corpus-hc-111244-sp-stf/inteiro-teor-110524484>. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 155228-SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 de maio de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília: Jusbrasil, 17 jun. 2019b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768197201/habeas-corpus-hc-155228-sp-sao-paulo-0068669-8920181000000?ref=serp>. Acesso em: 24 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 167446-SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 de outubro de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília: Jusbrasil, 25 out. 2019c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773749346/habeas-corpus-hc-167446-sp-sao-paulo-0016847-2720191000000?ref=serp>. Acesso em: 23 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 398644 SP**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 03 de agosto de 2017. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília: Jusbrasil, 14 ago. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489276519/habeas-corpus-hc-398644-sp-2017-0103158-5/relatorio-e-voto-489276573>. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 93681-MS**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2018. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília: Jusbrasil, 09 mar. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559904283/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-93681-ms-2018-0002962-1/relatorio-e-voto-559904309?ref=serp>. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): Um diálogo com os direitos e garantias**



fundamentais. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 15, ed. 6, p. 376-398, set./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3038/2785>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: http://assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12005/fernando-capez--curso-de-processo-penal---2016.pdf. Acesso em: 9 mar. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/25346966/Vicente_Greco_Filho_2012._Manual_de_Processo_Penal.PDF. Acesso em: 9 mar. 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal:** vol. único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/4032/174-Manual-de-Processo-Penal-Renato-Brasileiro-de-Lima-2016-Volume-Unico-4-Ed.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1944-Prises-Cautelares-2017-Aury-Lopes-Jr.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/34777/1882-Processo-Penal-Renato-Marco-Cdigo-de-Processo-Penal-Comentado-2016.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

METZKER, David. **Gravidade concreta não pode gerar prisão preventiva.** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-26/opiniaio-gravidade-concreta-nao-gerar-prisao-preventiva>. Acesso em: 19 abr. 2020

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/default_attachments/1550626574-Curso-de-Processo-Penal-Eugnio-Pacelli-2018.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SILVEIRA, Alexandre Marques; DIAS, Felipe da Veiga. **Mídia televisiva e a decretação da prisão preventiva com base no clamor público: uma análise crítica a partir da jurisprudência: V Congresso Iberoamericano de**



Investigadores e Docentes de Direito e Informática. In: Congresso Internacional De Direito E Contemporaniedade, 3., 2015, Santa Maria / Rs. Anais [...] . Ufsm - Universidade Federal de Santa Maria, 2015. p. 1-15. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-2.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1734/1647>. Acesso em: 10 abr. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3240/tavares-andr-ramos-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Curso de Direito Processual Penal.** 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo Penal:** vol. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.