



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ  
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E  
DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**BRUNO CUNHA WEYNE**

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA  
PRISÃO PREVENTIVA**

**FORTALEZA – CEARÁ  
2014**

**BRUNO CUNHA WEYNE**

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO  
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago

**FORTALEZA – CEARÁ  
2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Estadual do Ceará

Sistema de Bibliotecas

Weyne, Bruno Cunha.

A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva [recurso eletrônico] / Bruno Cunha Weyne. - 2014.

1 CD-ROM: 4 ¼ pol.

CD-ROM contendo o arquivo no formato PDF do trabalho acadêmico com 55 folhas, acondicionado em caixa de DVD Slim (19 x 14 cm x 7 mm).

Monografia (especialização) - Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, Fortaleza, 2014.

Orientação: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago.

1. Garantia da ordem pública . 2. Ordem pública.  
3. Prisão preventiva. I. Título.

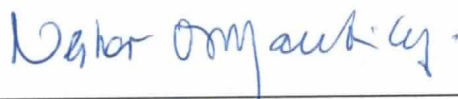
BRUNO CUNHA WEYNE

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Aprovada em: 05/12/2014

BANCA EXAMINADORA



---

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Orientador)  
Faculdade integrada do Ceará - FIC



---

Profª. Ms. Lise Alcântara Castelo  
Escola Superior do Ministério Público - ESMP



---

Profª. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima  
Universidade Estadual do Ceará - UECE

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Alberto e Tânia, e à minha irmã, Naiana, pelo apoio incondicional;

À Marina Rosa, pelo amor, pelo apoio, pela paciência e por estar ao meu lado;

Ao Professor Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, pela sua valiosa e competente orientação;

À Desembargadora Francisca Adelineide Viana, com quem tanto aprendi como seu assessor, pela sincera amizade e pelo exemplo de retidão moral e de prudência como magistrada;

Ao amigo Patrick Bezerra Mesquita, pelo companheirismo e pela confiança depositada em mim;

Às amigas Adriana Cavalcanti e Mirela Lima, pelos conhecimentos compartilhados;

À Diretoria da Escola Superior do Ministério Público e aos funcionários desta instituição, pela gentil colaboração prestada ao longo do curso de Especialização.

## RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo estudar a garantia da ordem pública como fundamento para fins de decretação da prisão preventiva, a fim de compreender o significado e o alcance dessa expressão em matéria de medidas cautelares no processo penal. Para cumprir essa tarefa, ela se divide em três capítulos. No primeiro capítulo, faz-se uma introdução às prisões cautelares, traçando-se um esboço sobre as normas, os institutos e os conceitos que lhes são pertinentes, com ênfase na prisão preventiva. No segundo capítulo, reflete-se a respeito do papel da ordem pública na ordem jurídica. São examinadas, num primeiro momento, as peculiaridades do seu conceito e a projeção deste no campo jurídico. Em seguida, realiza-se um estudo histórico do contexto em que foi elaborado o Código de Processo Penal, buscando-se entender a lógica do seu modelo normativo. Ao final, explicita-se a evolução da legislação processual penal quanto à prisão para garantia da ordem pública desde a elaboração do referido código até o seu atual cenário. No terceiro capítulo, perquirem-se as posições da doutrina e da jurisprudência acerca da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Em primeiro lugar, são apresentadas as críticas doutrinárias a tal hipótese autorizadora, principalmente quanto à ausência de natureza cautelar. Em segundo lugar, abordam-se os casos em que os Tribunais Superiores não aceitam a decretação da prisão preventiva em nome da garantia da ordem pública. Por fim, analisam-se os critérios admitidos para essa finalidade e suas limitações.

**Palavras-chave:** Garantia da ordem pública. Ordem pública. Prisão preventiva.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>A PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>9</b>
2.1	PRISÃO CAUTELAR: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS .....	9
2.2	PRISÃO PREVENTIVA.....	18
2.2.1	<i>Fumus commissi delicti</i> :.....	20
	a) Prova da existência do crime.....	20
	b) Indício suficiente de autoria .....	21
2.2.2	<i>Periculum libertatis</i> .....	22
	a) Conveniência da instrução criminal.....	22
	b) Garantia da aplicação da lei penal .....	23
	c) Garantia da ordem pública e da ordem econômica .....	24
<b>3</b>	<b>O PAPEL DA ORDEM PÚBLICA NA ORDEM JURÍDICA</b> .....	<b>25</b>
3.1	A ORDEM PÚBLICA E SUA PROJEÇÃO NO CAMPO JURÍDICO.....	25
3.2	O CONTEXTO HISTÓRICO DA ELABORAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 .....	31
3.3	A ORDEM PÚBLICA NO ATUAL CENÁRIO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL PÁTRIA .....	34
<b>4</b>	<b>A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA</b> .....	<b>38</b>
4.1	A CRÍTICA DOUTRINÁRIA QUANTO À AUSÊNCIA DE NATUREZA CAUTELAR .....	39
4.2	CASOS QUE NÃO JUSTIFICAM A PRISÃO PREVENTIVA SEGUNDO O STF E O STJ .....	42
4.3	O RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA E A PERICULOSIDADE DO AGENTE: CRITÉRIOS SUFICIENTES? .....	45
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>51</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>54</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Entre as hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro<sup>1</sup>, autorizadas da decretação da prisão preventiva, a “garantia da ordem pública”, de longe, aparece como a mais invocada pelos nossos juízes e tribunais. Essa afirmação verifica-se, sem dificuldade, por exemplo, a partir de simples consulta pelo termo “garantia da ordem pública” na pesquisa de jurisprudência do sítio do Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup>, aparecendo só neste ano de 2014 (01/01/2014 a 03/06/2014) nada menos do que 663 processos julgados. Ao passo que, utilizando-se na consulta as outras hipóteses autorizadas da prisão preventiva – a saber: a “aplicação da lei penal”, a “conveniência da instrução” ou a “garantia da ordem econômica” – emergem, respectiva e palidamente, 173, 61 e 0 ocorrências.

Esses dados são reveladores: a maioria dos indivíduos presos preventivamente no Brasil – antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória – está nessa condição por representarem, segundo o juiz da causa, uma ameaça à “garantia da ordem pública”. Acontece que a lei processual penal brasileira não fornece qualquer significado para a expressão, a qual se encontra somente enunciada no art. 312, inexistindo maiores esclarecimentos sobre em que casos uma pessoa (indiciado, acusado) constituiria uma ameaça para a ordem pública a ponto de ensejar a necessidade de sua salvaguarda através do recurso à segregação antecipada.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que a missão de construir um significado para tal expressão tenha sido assumida pela doutrina e pela jurisprudência. Embora ambas tenham se dedicado a essa tarefa, percebe-se que tem sido demasiado difícil fixar-lhe um significado único. Além de diversos critérios já haverem sido propostos desde a elaboração do Código de Processo Penal – vigente desde 1941 –, a “garantia da ordem pública” enfrenta os mesmos dilemas semânticos de vagueza e de indeterminação de outros modelos jurídicos tradicionais, como “princípios gerais de direito”, “bons costumes”, “bem comum” e “moralidade pública”.

Ora, se nem a jurisprudência nem a doutrina demonstram, com plena segurança, o que significa a mencionada expressão, corre-se o sério risco de as custódias processuais serem arbitrárias, voluntaristas e, dessa forma, ilegais, o que implica uma clara violação de direitos e garantias fundamentais, como a liberdade, a presunção de inocência e o devido processo legal.

---

<sup>1</sup> 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>2</sup> Cf. <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.



Diante desse cenário, o presente trabalho tem como objetivo estudar a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, a fim de compreender o significado e o alcance dessa expressão em matéria de medidas cautelares no processo penal.

Para cumprir tal tarefa, esta pesquisa divide-se em três capítulos.

O primeiro capítulo é, na verdade, uma introdução ao tema das prisões cautelares, que é feita com o desígnio de abrir caminho para as considerações a serem empreendidas nos capítulos seguintes. Dessa maneira, faz-se um esboço acerca das normas, dos institutos e dos conceitos pertinentes às prisões cautelares, com ênfase na modalidade que constitui o objeto deste trabalho: a prisão preventiva.

O segundo capítulo reflete sobre o papel da expressão “ordem pública” na ordem jurídica. Num primeiro momento, examina-se o que a doutrina tem entendido pelo conceito de “ordem pública” e a projeção desta nos diversos ramos do Direito. Em seguida, realiza-se um estudo histórico sobre o contexto em que foi elaborado o Código de Processo Penal de 1941, a fim de compreender a lógica da elaboração dos seus institutos, em especial daqueles atinentes à prisão provisória. Ao final, explicita-se a evolução legislativa da garantia da ordem pública no âmbito do processo penal desde a elaboração do referido código até a sua atual condição.

No terceiro capítulo, analisa-se o posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito da prisão preventiva decretada para fins de garantia da ordem pública. Em primeiro lugar, são expostas as críticas doutrinárias a essa hipótese autorizadora, especialmente quanto à carência de natureza cautelar. Em segundo lugar, perquirem-se os casos em que os Tribunais Superiores não admitem a decretação da custódia cautelar em nome da preservação da ordem pública. Por último, estudam-se os critérios aceitos para essa finalidade (o risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente), bem como as suas limitações.

## 2 A PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Embora não exista um processo penal cautelar autônomo, não restam dúvidas de que a tutela jurisdicional cautelar é exercida no âmbito processual penal através de medidas cautelares – previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial – que podem ser adotadas no curso da investigação preliminar, no processo de conhecimento e, até mesmo, no processo de execução. Vale dizer, o sequestro, o arresto e a hipoteca legal (medidas cautelares de natureza real, chamadas pelo legislador de “medidas assecuratórias”), bem como as prisões cautelares e as medidas inseridas no art. 319 do CPP (medidas cautelares de natureza pessoal) são, na verdade, meras medidas incidentais, cuja adoção independe do exercício de uma ação específica, que geraria um processo cautelar distinto do processo de conhecimento.

A importância da tutela cautelar no processo penal encontra-se na possível demora na prestação jurisdicional, fazendo-se necessário dispor de instrumentos capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Aliás, são frequentes as situações em que tais medidas tornam-se imperiosas, seja para salvaguardar a apuração do fato criminoso, a futura e possível aplicação da lei penal, a própria coletividade – ante o risco de reiteração da conduta delituosa – ou, ainda, a reparação do dano causado pelo crime.

Para os fins deste estudo, no entanto, interessam tão somente as prisões cautelares, especificamente a prisão preventiva. De qualquer forma, convém, antes de avançar, traçar um esboço da base normativa aplicável às prisões cautelares em geral – isto é, os princípios e as regras que as orientam – e dos institutos e dos conceitos que lhes são pertinentes.

### 2.1 PRISÃO CAUTELAR: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Prisão cautelar, ou provisória, é aquela decretada antes do trânsito em julgado de condenação criminal. Diferentemente da *prisão-pena*<sup>3</sup>, de caráter punitivo e decorrente de sentença criminal irrecorrível, ela tem como objetivo “assegurar a eficácia das investigações

---

<sup>3</sup> Consoante Tourinho Filho (2012, p. 643 e 648), a prisão-pena “é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”, ao passo que a prisão sem pena não deflui de condenação. Integram este conceito: a prisão civil, nas hipóteses previstas nos arts. 733 e parágrafos, e 885, parágrafo único, todos do CPC; a prisão cautelar tratada nos arts. 69 a 81, da Lei nº 6.815/1980, relativos à expulsão e extradição; a prisão cautelar de natureza constitucional prevista no art. 139, II, da CF/1988, admitida durante o estado de sítio; por último, a prisão cautelar de natureza processual, que se apresenta sob quatro modalidades: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva *stricto sensu*; c) prisão temporária; d) prisão domiciliar, prevista no art. 317, do CPP.

ou do processo criminal” (LIMA, 2011, p. 77). Em outras palavras, a prisão cautelar objetiva impedir que o indivíduo venha “a praticar novos delitos (relacionados ou não com aquele pelo qual está segregado) ou que sua conduta interfira na apuração dos fatos e na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado” (AVENA, 2012, p. 864). Assim, de acordo com a posição majoritária, as medidas cautelares são dotadas de *instrumentalidade*, sendo meios que “buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar” (LOPES JUNIOR, 2011, p. 7) ou que pretendem ser aptos para que o processo seja efetivo e alcance seus objetivos (DÍAZ, 2007, p. 21).

A adoção de toda medida cautelar de natureza pessoal implica inevitavelmente a restrição à liberdade de locomoção, seja de forma mais intensa – como no caso de decretação da prisão preventiva ou da prisão temporária –, seja de forma mais branda – como no caso de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do CPP. Daí porque sua aplicação deve obedecer a certos princípios norteadores do sistema cautelar, quais sejam: a presunção de inocência; a jurisdicionalidade; a provisionalidade; a excepcionalidade; e a proporcionalidade.

Para além do seu reconhecimento e proteção em documentos internacionais sobre direitos humanos<sup>4</sup>, o princípio da presunção de inocência – conhecido também como princípio do *estado* ou *situação* de inocência ou da não culpabilidade – está consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição brasileira de 1988, nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Consoante Ferrajoli (1995, p. 549), trata-se de princípio fundamental de civilidade, que “*es fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable*”. Nesse horizonte, perfilha-se, ainda, que ele é o princípio reitor do processo penal e que, em última instância, é pelo nível de sua observância que se pode verificar a qualidade de um sistema processual (LOPES JUNIOR, 2011, p. 5).

Segundo Oliveira (2011, p. 47), costuma-se afirmar em doutrina que tal princípio impõe ao poder público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: a primeira, de *tratamento*, estabelece que “o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*,

---

<sup>4</sup> A título ilustrativo, convém lembrar o exemplo emblemático da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, no art. 11.1, assim dispõe: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Seguindo o mesmo caminho, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Decreto nº 678/1992), em seu art. 8º, 2, dispõe que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”; e a segunda, de cunho *probatório*, determina que “todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação”, restando à defesa apenas demonstrar a eventual incidência de fato – por ela alegada – caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade.

A regra de tratamento encontra efetiva aplicabilidade no campo da prisão cautelar e da liberdade provisória, exercendo relevante função ao proibir “a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal” (OLIVEIRA, 2011, p. 48). Por força dessa regra, está impedido o poder público de agir como se o imputado já tivesse sido condenado enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado (LIMA, 2011, p. 17).

Sem embargo, é preciso assinalar que o princípio da presunção de inocência não é incompatível com a prisão provisória, desde, é claro, que os requisitos desta sejam indicados à luz do caso concreto e que se respeite o seu caráter excepcional e instrumental. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito consolidou posição “no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do art. 5º da CF” (HC 71.169. Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 26-4-1994, Primeira Turma, DJ de 16-9-1994)<sup>5</sup>.

Pelo princípio da jurisdicionalidade, toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. Está previsto expressamente no art. 5º, LXI, da Constituição, segundo o qual “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”<sup>6</sup>. Logo, para que o indivíduo venha a ser preso antes do trânsito em julgado de condenação criminal, é imprescindível a existência de ordem fundamentada emanada da autoridade judiciária (juiz ou tribunal), com competência

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido no âmbito do STF: HC 68.037, Rel. Min. Aldir Passarinho, julgamento em 10-5-1990, Segunda Turma, DJ de 21-5-1993; HC 68.499, Rel. p/ o ac. Min. Néri da Silveira, julgamento em 18-6-1991, Segunda Turma, DJ de 2-4-1993; HC 71.402, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-05-1994, Tribunal Pleno, DJ de 23-09-1994; RHC 108.440, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 03-04-2012, Primeira Turma, DJE de 17-04-2012.

<sup>6</sup> Igualmente, o art. 283, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, dispõe que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

para tanto, seja *previamente* – como acontece no caso das prisões preventiva e temporária ou da imposição autônoma de medidas cautelares diversas da prisão –, seja *imediatamente após o recebimento do auto de prisão em flagrante*, quando o magistrado deve, fundamentadamente, convertê-la em preventiva, se presentes os requisitos desta (art. 312, do CPP) e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas previstas no art. 319 do CPP, devendo apreciar, no mesmo ato, a existência de eventual ilegalidade – caso de relaxamento – ou o cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança, nos termos do art. 310, I, II e III, do CPP.

O princípio provisionalidade estabelece que as prisões cautelares são *situacionais*, porque tutelam uma situação fática. Isso significa dizer que, uma vez desaparecido os motivos determinantes da custódia – traduzidos no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* –, deve ela ser revogada ou substituída por medida(s) cautelar(es) diversa(s). Esse princípio está disposto no art. 282, §§ 4º e 5º, do CPP<sup>7</sup>.

Como esclarece Lopes Junior (2011, p. 17), “O desaparecimento de qualquer uma das ‘fumaças’ impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão”. O desprezo da provisionalidade, conclui tal autor, “conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado<sup>8</sup>”.

O princípio da excepcionalidade, por sua vez, significa que a prisão preventiva só pode ser decretada como a *extrema* ou *ultima ratio* do sistema, ou seja, somente é justificável se não houver outros instrumentos menos radicais, que, no caso brasileiro, seriam as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP. É precisamente esse o teor do art. 282, § 6º, do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Tal princípio também está consagrado no

---

<sup>7</sup> Art. 282. [...] § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

<sup>8</sup> Lopes Junior (2011, p. 18-22) ainda alude ao princípio da provisoriedade, que se distingue da provisionalidade por estar relacionado ao fator tempo, “de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se [a provisoriedade], assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada. Nesse ponto, o referido autor aponta aquilo que considera um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Em suas palavras: “Reina a absoluta indeterminação de duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*”.

art. 310, II, do CPP, segundo o qual o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312, deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão” (grifo nosso). Abordando o mesmo assunto, Díaz (2007, p. 21) leciona que a prisão preventiva

*Se aplica como excepción a la regla de la libertad, que rige en virtud de la situación de inocencia que ampara el imputado. Se da solo cuando el encierro sea indispensable (interpretación restrictiva). Además, cabe tener en cuenta que, si es posible asegurar esos fines mediante la aplicación de otras medidas menos gravosas, se las debe preferir siempre por su bajo impacto (por ej. que no se aleje de determinado lugar, que no se comunique con determinada persona, entre otras).*

A excepcionalidade da prisão preventiva mantém estreito laço com o princípio da proporcionalidade<sup>9</sup>, segundo qual não se pode impor uma medida cautelar que seja excessiva ou desproporcional em relação ao fato ou à sanção que lhe é cominada – por exemplo, quando o fato não contemplar a possibilidade de pena de prisão ou quando esta, mesmo contemplada, não exceder o tempo de encarceramento já cumprido pelo acusado.

A proporcionalidade<sup>10</sup> vai nortear a conduta do juiz no caso concreto, impondo-lhe a necessidade de realizar um juízo de ponderação entre a gravidade da medida a ser adotada e o fim pretendido, sem olvidar a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum liberatis* (LOPES JUNIOR, 2011, p. 26). Ela possui um conteúdo que se divide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação preconiza que a medida cautelar deve ser apta a atingir o fim pelo qual será imposta. Assim, se alguma das medidas previstas no art. 319 do CPP, for igualmente apta ao seu fim, deve ela ser adotada no lugar da prisão, que, como visto, é a *ultima ratio* do sistema. A necessidade (ou exigibilidade), também conhecida como princípio da intervenção mínima ou da proibição de excesso, informa que, dentre as várias medidas que interferem na liberdade idôneas a alcançar o fim proposto, “deve o Poder Público escolher a menos gravosa [...] e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída” (LIMA,

<sup>9</sup> Apesar da importância que o princípio da proporcionalidade assume no âmbito da hermenêutica constitucional, em geral, e no âmbito das prisões cautelares, em particular, os limites desta investigação não permitem um maior aprofundamento sobre suas origens e sua distinção em relação ao princípio da razoabilidade. Para tanto, remete-se o leitor às obras de Souza Neto e Sarmento (2012, p. 465-492) e de Guerra Filho (2005, p. 83-121).

<sup>10</sup> O princípio da proporcionalidade está presente implicitamente na Constituição brasileira, “por dedução geral das garantias individuais” (OLIVEIRA, 2011, p. 503). Mais especificamente, Lima (2011, p. 25-26) assevera que tal princípio, conquanto não expresso na Constituição, encontra-se inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal (*substantive due process of law*), previsto no art. 5º LVI, da Constituição.

2011, p. 31). A proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, impõe a ponderação dos bens e valores envolvidos, de modo a se constatar se medida cautelar justifica-se em face da interferência na esfera dos direitos fundamentais. Realiza-se, pois, um verdadeiro juízo acerca do ônus e do prejuízo gerados pela adoção da medida cautelar: “De um lado o imenso custo de submeter alguém que é presumivelmente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes” (LOPES JUNIOR, 2011, p. 28).

Com isso, pode-se perceber que o princípio da proporcionalidade, em matéria de medidas cautelares de natureza pessoal, aparece com muita clareza, tendo recebido, inclusive, especial atenção pela Lei nº 12.403/2011. Nesse sentido, o art. 282, II, do CPP determina que as medidas cautelares sejam aplicadas observando-se a “*adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (grifo nosso). O art. 282, § 1º, do CPP, de outro lado, dispõe que “as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”. Da mesma forma, constata-se a incidência da proporcionalidade no art. 313, I, do CPP, segundo o qual a prisão preventiva só é admitida “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”. De certa forma, todos esses dispositivos impõem limites ao magistrado para que ele não cometa excessos.

Feitas tais considerações, cumpre destacar que, além da prisão preventiva – objeto central deste trabalho e cujos aspectos gerais serão vistos no tópico 1.2 a seguir –, o processo penal brasileiro conta com outras modalidades prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão domiciliar.

Flagrante é a infração penal que ainda queima, isto é, que está sendo praticada ou acabou de sê-la. Essa situação, mesmo sem autorização judicial, faculta a qualquer do povo e impõe o dever às autoridades policiais e aos seus agentes de efetuar a prisão de quem quer se encontre em flagrante delito (art. 310, do CPP), o que se justifica pela certeza visual da prática do crime. Pode-se afirmar, nesse sentido, que prisão em flagrante é a que ocorre no momento da consumação do delito, no calor do acontecimento dos fatos, funcionando como uma forma de autodefesa da própria sociedade.

Muito embora não convenha aqui explicitar as espécies de flagrante disciplinadas no Código de Processo Penal e na legislação especial ou aquelas pensadas pela doutrina e pela

jurisprudência, é importante debruçar-se sobre a sua natureza jurídica. Isso porque respeitável parcela da doutrina<sup>11</sup> insiste na afirmação da cautelaridade da prisão em flagrante, postura essa que não se coaduna com a reforma processual de Lei nº 12.403/2011.

Com efeito, os arts. 306 e 310 do CPP passaram a determinar o seguinte:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tais dispositivos deixam estreme de dúvidas a natureza *precária e pré-cautelar* da prisão em flagrante, pois ela não se destina a garantir o resultado final do processo, prestando-se apenas como mera detenção, ao colocar o sujeito que estava a cometer o delito à disposição do juiz para que adote uma real medida cautelar, com a brevidade que a lei requer, sob pena de configuração do constrangimento ilegal – remediável por *habeas corpus*, nos termos do art. 648, II, do CPP<sup>12</sup>. Aliás, é justamente em virtude dessa brevidade e desse caráter pré-cautelar que se justifica a sua prática por um particular ou pela autoridade policial, independentemente de prévia manifestação do Poder Judiciário. No entanto, deve-se advertir que tal natureza não

<sup>11</sup> Por exemplo, cf. Távora e Alencar (2012, p. 560) e Tourinho Filho (2012, p. 668).

<sup>12</sup> “O flagrante justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Trata-se de uma medida pré-cautelar, devido a sua precariedade (único caso previsto constitucionalmente em que a prisão pode ser realizada por particular ou autoridade policial sem mandado judicial), devendo ser submetida ao crivo jurisdicional para homologação ou não, na medida em que não está dirigida a garantir o resultado final do processo ou a presença do sujeito passivo. Destarte, se faz mister que o magistrado, após requerimento formulado pela acusação, se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão cautelar, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não sendo possível à conversão automática do flagrante em prisão preventiva”. (TJ/RS, HC 70040681959, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, julgamento em 24-02-2011, Terceira Câmara Criminal, DJE de 10-03-2011). No mesmo sentido: “A prisão em flagrante delito é medida pré-cautelar cuja precariedade impõe imediato juízo de valor quanto à sua manutenção ou não, nos termos do art. 310, do Código de Processo Penal. 2. *In casu*, o paciente foi preso no dia 22 de fevereiro de 2012, sem que a autoridade impetrada tenha convertido a prisão em flagrante em preventiva, já passados mais de dois meses, situação essa que configura constrangimento ilegal em desfavor daquele. 3. Ordem conhecida e concedida (TJ/CE, HC 0074884-41.2012.8.06.0000, Rel. Des. Francisca Adelineide Viana, julgamento em 11-06-2012, Segunda Câmara Criminal, DJE de 19-06-2012).



afasta a *instrumentalidade* da prisão em flagrante. Esta se manifesta no fato de o flagrante ser um “instrumento do instrumento” (LOPES JUNIOR, 2011, p. 30-32).

É preciso abordar, também, a noção de liberdade provisória. Situada após a prisão em flagrante, trata-se de medida (*contracautelar*) alternativa à prisão preventiva. Na verdade, apesar de se sustentar que, com o advento da Lei nº 12.403/2011, não mais se deve enxergar a liberdade provisória apenas como medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante, por poder ser ela adotada como uma providência cautelar autônoma, com a imposição de uma ou mais das medidas cautelares diversas da prisão (LIMA, 2011, p. 383), não parece ser essa a melhor posição. Sem entrar no mérito da atual utilidade da expressão<sup>13</sup>, a liberdade provisória continua se atrelando às bases da prisão em flagrante, porque a possibilidade de sua concessão nasce e se exaure no contexto desta última – a qual, como dito, não possui natureza cautelar –, nos termos do referido art. 310, II, do CPP. Caso o juiz julgue não ser o caso de concessão da liberdade provisória, ele decretará a prisão preventiva e, daí em diante, não mais fará sentido falar-se em liberdade provisória, mas somente em *relaxamento*, no caso de ulterior ilegalidade da prisão – *v.g.*, o excesso de prazo na formação da culpa –, ou de *revogação*, no caso de não mais subsistir o *periculum libertatis* que a legitimou. Assim, a liberdade provisória não se configura como uma providência cautelar autônoma, pois é substitutiva da prisão em flagrante e impeditiva da prisão preventiva, sendo, acima de tudo, uma contracautela.

É importante mencionar, além disso, que a Lei nº 12.403/2011 instituiu um regime jurídico com várias possibilidades para o tratamento da medida em tela, podendo ser adotada, em síntese, nestes moldes: liberdade provisória com fiança; liberdade provisória com fiança e outra(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) prevista(s) no art. 319 do CPP; liberdade provisória sem fiança, mas com a imposição de medida(s) cautelar(es) diversa(s) prevista(s) no art. 319 do CPP; e a liberdade provisória sem fiança, mas com a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, se o agente praticar o fato sob o manto de uma das causas excludentes de ilicitude (art. 23, do Código Penal), nos termos do art. 310, parágrafo único, do CPP.

Temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo de duração preestabelecido, cabível exclusivamente para as investigações do inquérito policial e para os crimes apontados

---

<sup>13</sup> Para Oliveira (2011, p. 571), “não fosse a referência expressa na Constituição da República, a nova legislação não manteria qualquer forma de liberdade *provisória*, e, sim, se limitaria a estipular as diferentes modalidades de medidas cautelares diversas da prisão, regulando as condições de respectiva aplicação, seja de modo *autônomo*, isto é, independente de prisão anterior, seja de modo *subsidiário*, para o fim de *substituir* a custódia (prisão) provisoriamente (essa sim) aplicada”.

na legislação que a disciplina: Lei nº 7.960/1989. Somente o juiz, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, pode decretá-la. O seu prazo é de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Quando se tratar de crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo), o prazo é de 30 dias, prorrogável pelo mesmo período, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90. É preciso notar que, além da necessidade de observância dos princípios aplicáveis a toda medida cautelar, só se pode decretar a prisão temporária quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou de participação dos indiciados nos crimes previstos no rol<sup>14</sup> – taxativo – no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/1989 (*fumus commissi delicti*), e desde que concorra, pelo menos, uma das hipóteses dos incisos I e II, isto é, quando for imprescindível para a investigação *ou* quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários para sua identificação (*periculum libertatis*)<sup>15</sup>. Apesar de não existir um consenso acerca da relação e da indispensabilidade dos requisitos contidos nos três incisos do mencionado art. 1º, Avena (2012, p. 960) afirma que a posição majoritária caminha no sentido aqui exposto, da necessária conjugação entre o inciso III, de um lado, e os incisos I *ou* II, de outro, inclusive se reportando a precedente do Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup>.

Por fim, a prisão domiciliar consiste no “no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”. (art. 317, do CPP). Ela possui natureza cautelar e humanitária, porque visa tornar menos desumana a segregação antes do trânsito em julgado da condenação criminal, permitindo que ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência, em vez do cárcere. De acordo com o art. 318, do

<sup>14</sup> “a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986)”.

<sup>15</sup> A tal respeito, Lopes Junior (2011, p. 145) argumenta que “o *periculum libertatis* acaba sendo distorcido na prisão temporária, para atender à imprescindibilidade das investigações. Daí por que não é a liberdade do imputado o gerador do perigo que se quer tutelar, senão que a investigação necessita da prisão ou, ainda, a liberdade é incompatível com o que necessita a investigação para esclarecer o fato”.

<sup>16</sup> [...] A prisão temporária está regulada na Lei 7.960/1989, que no artigo 1º, incisos I e III, prevê o seu cabimento, respectivamente, “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”, e “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” nos crimes nela listados, dentre os quais se encontra ode quadrilha (alínea l), investigado na ação penal em questão (HC 96.245, Min. Rel. Jorge Mussi, julgamento em 07-10-2010, Quinta Turma, DJ de 16-11-2010).

CPP, o magistrado pode substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: “I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”.

## 2.2 PRISÃO PREVENTIVA

Originariamente, o nosso Código de Processo Penal consagrava a chamada *prisão preventiva obrigatória*, nos termos do então art. 312, que dispunha: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”. Ademais, no caso de prisão em flagrante, o acusado só poderia livrar-se solto no caso de crime cuja pena privativa de liberdade (art. 321) não excedesse a três meses (art. 321, I e II), ou, mediante fiança, no caso de crimes cuja pena máxima fosse de até 2 anos (art. 323, I), e, ainda, ter concedida a liberdade provisória sem fiança no caso em que o fato houvesse sido praticado sob o manto de um das excludentes de ilicitude (art. 310). De outro lado, o art. 594 determinava o recolhimento à prisão do réu que desejasse apelar de sentença condenatória recorrível – ainda que tivesse respondido ao processo em liberdade –, salvo nos mencionados casos em que podia livrar-se solto ou prestar fiança.

Sobre o assunto, Badaró (2008, p. 382-383) explica que as mudanças legislativas começaram algumas décadas depois. Entre elas, merecem destaque a Lei nº 5.349/1967, que, dando nova redação ao art. 312, extinguiu a prisão preventiva obrigatória, “que nada tinha de cautelar, sendo um simples corolário automático da imputação, independendo de qualquer verificação do *periculum libertatis*”<sup>17</sup>; a Lei nº 5.941/1973, que alterou a redação do art. 594, a fim de permitir que também pudesse apelar solto o réu primário e de bons antecedentes; a Lei nº 6.416/1977, que acrescentou o parágrafo único ao art. 310, do CPP, impossibilitando a manutenção da prisão em flagrante quando não verificados os pressupostos e os fundamentos da prisão preventiva; e, no ponto máximo dessa evolução, a Constituição de 1988, que passou prever expressamente o já comentado princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

---

<sup>17</sup> Como será visto adiante, na seção 3.2, e como afirma José Frederico Marques (apud BADARÓ, 2008, p. 383), o CPP de 1941 ficou vincado “com as marcas indelévels da era totalitária em que foi promulgado, e “a prisão preventiva compulsória é um dos exemplos desse autoritarismo processual que devemos à política direitista do Estado Novo trasladada do processo penal italiano da era de Mussolini, essa medida de coação é de profunda iniqüidade e pode dar margem à prática de irreparáveis injustiças”.

Com essas mudanças legislativas, é um truísmo dizer que a prisão preventiva é a principal e mais importante modalidade de prisão cautelar do ordenamento jurídico brasileiro. E isso não só porque ela é decretável a qualquer momento – mesmo antes do oferecimento da denúncia –, “afigurando-se quase que suficiente de per si, a tutelar o bom andamento do processo penal e a eficácia de suas decisões” (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 162), mas também porque seus requisitos servem de parâmetro para a manutenção ou não da prisão em flagrante, nos termos do art. 310 do CPP, de tal maneira que a necessidade ou não daquela, em última instância, representa a fronteira entre a liberdade (condicionada ou não) e o cárcere antes do trânsito em julgado da condenação criminal.

Dito isso, saliente-se que a prisão preventiva é modalidade de prisão cautelar que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, “de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” (art. 311 do CPP), desde que indicados concretamente os seus *pressupostos*, vale dizer, “quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”, e os seus *fundamentos*, isto é, quando necessária à “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” (art. 312 do CPP)<sup>18</sup>. Uma vez presentes tais requisitos, a prisão preventiva admitir-se-á tão somente em relação às hipóteses e aos crimes previstos no art. 313 do CPP, quais sejam: para crimes *dolosos* punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (inciso I); se o agente tenha sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvando-se o que dispõe o art. 64, I, do Código Penal (inciso II); “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (inciso III); e também “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la” (parágrafo único).

Antes de analisar os requisitos do art. 312, cumpre fazer dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, não é possível aplicar ao Direito Processual Penal, sem as devidas adaptações, os mesmos conceitos do Direito Processual Civil, pelo menos em tema de medidas cautelares. Enquanto no processo civil são necessários o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para fins

---

<sup>18</sup> Vale lembrar, nos termos do parágrafo único do art. 312 do CPP, que 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)”.

de adoção dessas medidas, no processo penal tais conceitos mostram-se impróprios jurídica e semanticamente, “pois o delito não é, nem nunca foi, a fumaça de um bom direito, bem como não é o perigo de dano decorrente da demora que irá por em risco o resultado da demanda judicial, mas o perigo advindo da manutenção da liberdade do acusado” (LIMA, 2003, p. 152). No mesmo sentido, Lopes Junior (2011, p. 8-9) argumenta que

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não um direito), ou seja, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios de autoria.

[...] O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova), em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo, o fundamento [da medida cautelar] é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado (grifos no original).

Em segundo lugar, embora se saiba não haver um consenso entre os autores sobre a terminologia adequada para designar as partes do art. 312 do CPP, isto é, o *fumus commissi delicti* – chamado, por exemplo, de “pressupostos” e de “requisitos” – e o *periculum libertatis* – chamado, por exemplo, de “requisitos”, de “fundamentos” e de “hipóteses autorizadoras” –, opta-se aqui pelos seguintes termos: “pressupostos”, para a fumaça de cometimento do crime; “fundamentos” (ou “hipóteses autorizadoras”), para o risco do estado de liberdade do agente; e “requisitos” ou “requisitos legais”, para referir-se a ambos (pressupostos e fundamentos).

### **2.2.1 *Fumus commissi delicti*:**

O *fumus commissi delicti* é a provável ocorrência de um delito e o pressuposto de toda medida cautelar coercitiva no processo penal. Conforme a parte final do art. 312 do CPP, a prisão preventiva somente poderá ser decretada se o juiz demonstrar a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

#### **a) Prova da existência do crime**

Quanto à prova da existência do crime, exige-se, para fins de decretação da prisão preventiva, um juízo de probabilidade, uma vez que, em sede de cautelar, não é possível falar em juízo de certeza, reservado este que está à fase de sentença, após, portanto, a produção do

acervo probatório sob o crivo da ampla defesa e do contraditório<sup>19</sup>. No entanto, vale ressaltar, conforme Lopes Junior (2011, p. 66-68), que tal probabilidade trata-se de uma *probabilidade razoável* e “significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro), de todos os requisitos e positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito”. A existência desses requisitos positivos verifica-se pela prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável, ao passo que a inexistência dos requisitos negativos constata-se pela ausência, também aparente, de causas de exclusão de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou, ainda, de exclusão de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição etc.)<sup>20</sup>.

#### b) Indício suficiente de autoria

No que tange à autoria, exige o Código de Processo Penal a presença de “indícios suficientes”. Mas o que se deve entender por indício? De acordo com Lima (2011, p. 233), a palavra *indício* não deve ser compreendida, no art. 312 do CPP, no sentido de prova indireta, previsto no art. 239 do CPP (“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”), mas sim no sentido de “uma prova semiplena, ou seja, aquela com menor valor persuasivo”. Acrescenta o referido autor o seguinte:

Não se pode confundir o indício, que é sempre um dado objetivo, em qualquer de duas acepções (prova indireta ou prova semiplena), com a simples suspeita, que não passa de um estado de ânimo. O indício é constituído por um fato demonstrado que autoriza a indução sobre outro fato ou, pelo menos, constitui um elemento de menor valor; a suspeita é pura intuição, que pode gerar desconfiança dúvida, mas também conduzir ao engano.

Nesse horizonte, o STF já entendeu que, para a decretação da prisão preventiva, é necessária a demonstração de indício de autoria, “locução na qual ‘indício’ não tem o sentido específico de prova indireta - e eventualmente conclusivo - que lhe dá a lei (C.Pr.Pen., art. 239), mas, sim, apenas, o de indicação, começo de prova ou prova incompleta”, de tal modo que “existente um indício, só a contraprova inequívoca ou a própria e gritante inidoneidade

---

<sup>19</sup> Contudo, considerável parcela da doutrina sustenta a necessidade de um juízo de certeza para a decretação da prisão preventiva, posição com a qual – repita-se –, não se concorda. A esse respeito, cf. Delmanto Junior (2001, p. 163-164 e Lima (2011, p. 233).

<sup>20</sup> Como explica Lopes Junior (2011, p. 69), “Basta que exista a fumaça da excludente para enfraquecer a própria probabilidade da ocorrência de crime, sendo incompatível com a prisão cautelar, ainda que em sede de probabilidade todos esses elementos sejam objeto de análise e valoração por parte do juiz no momento de aplicar uma medida coercitiva de tamanha gravidade”.

dele podem elidir a legitimidade da prisão preventiva que nele se funda” (RHC 83.179, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 01-07-2003, Tribunal Pleno, DJ de 22-08-2003).

Dessa maneira, embora não se exija um juízo de certeza sobre a autoria, exige-se, pelo menos, uma probabilidade suficiente, ao ponto de convencer o julgador de que realmente foi o acusado o autor da infração.

### **2.2.2 *Periculum libertatis***

O *periculum libertatis* é o perigo decorrente do estado de liberdade do imputado e o próprio fundamento das medidas cautelares, consubstanciado numa das quatro hipóteses do art. 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) garantia de aplicação da lei penal; d) conveniência da instrução criminal.

Para fins de decretação da prisão preventiva, não se mostra necessária a presença concomitante de todos esses fundamentos, bastando estar presente um único deles. Entretanto, caso o juiz vislumbre a presença de mais de um fundamento – o que é bastante comum, aliás, como, por exemplo, ao verificar a necessidade da custódia para a garantia da ordem pública e para a conveniência da instrução –, deve apontá-los, individualmente, em sua decisão, já que, além de conferir maior legitimidade ao decreto prisional, “na eventualidade de impetração de *habeas corpus*, ainda que o juízo *ad quem* reconheça a inexistência de um dos fundamentos, a prisão preventiva poderá ser mantida” (LIMA, 2011, p. 234), em virtude do fundamento ainda existente e caso respeitados os demais requisitos previstos nos arts. 312 e 313 do CPP.

Embora os limites do presente trabalho impeçam uma análise aprofundada de cada um dos mencionados fundamentos, convém descortinar seus significados. Como a garantia da ordem pública é o que mais interessa, sua abordagem será reservada às seções 3 e 4.

#### **a) Conveniência da instrução criminal**

A prisão preventiva decretada com fundamento na conveniência da instrução criminal destina-se a evitar que o réu atrapalhe o normal andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas. Com essa hipótese autorizadora, portanto, tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente imponha óbices à busca da verdade, de tal modo que “havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar apuração dos fatos e

o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva” (LIMA, 2011, p. 249).

Ressalte-se, no entanto, que o termo escolhido pelo legislador (“conveniência”) é muito aberto, conferindo ampla margem de discricionariedade no momento de sua aplicação, o que não se compatibiliza com as prisões cautelares, que, como antes visto, lastreiam-se na excepcionalidade e na proporcionalidade. Assim sendo, a decretação da prisão preventiva para a conveniência da instrução está condicionada à existência de risco *efetivo e concreto* ao bom andamento da fase instrutória, e não à mera conveniência desta.

De outro lado, a prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal, por evidente, subsiste enquanto esta durar; em outras palavras: encerrada a instrução processual – ou ultrapassado o interrogatório da testemunha ameaçada, por exemplo –, deve o magistrado revogar a custódia antecipada, nos termos do art. 316 e 282, § 5º, do CPP.

#### b) Garantia da aplicação da lei penal

A prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal visa impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida. Nesse caso, busca-se resguardar a eficácia da sentença, de modo a evitar que o acusado esquive-se do *jus puniendi* estatal, justificando-se a decretação da medida sempre que o agente demonstrar sua pretensão de fugir do distrito da culpa. A propósito, eis o teor da Súmula nº 2, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: “A ameaça concreta e evidenciada de fuga, bem como a efetiva evasão do distrito da culpa, constituem fundamento para o decreto de prisão provisória, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal”.

Ressalte-se que o risco de fuga não pode ser presumido, deduzido à luz de ilações ou conjecturas abstratas, nem baseado na gravidade do delito. A ameaça de fuga deve ser real, necessitando, pois, estar fundada em circunstâncias concretas. Daí porque os tribunais pátrios entenderam, por exemplo, não ser admissível a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal em razão unicamente da inexistência de vínculo do acusado no distrito da culpa ou da situação socioeconômica favorável do acusado.

Nessa perspectiva, confirmam-se os seguintes precedentes:

Conclusão vaga e abstrata, tal como o suposto temor de fuga do réu, com base na inexistência de vinculação deste no distrito da culpa, sem fundamento em situação



fática concreta, efetivamente existente, consiste em mera probabilidade e suposição a respeito de possíveis prejuízos à aplicação da lei penal, não sendo argumento apto para justificar a manutenção da custódia cautelar do acusado (STJ – HC 74.109, Rel. Min. Gilson Dipp, julgamento em 17-05-2007, Quinta Turma, DJ de 25-06-2007, p. 273).

Com relação à decretação da prisão para assegurar a aplicação da lei penal, observo que o simples fato do réu dispor de alto poder econômico não basta para concluir pela probabilidade de fuga, a justificar a decretação da medida. A fundamentação indicada é inapta, porque serviria para justificar, em qualquer caso, a decretação da prisão preventiva de acusado rico, fazendo uma distinção dos agentes entre os de classe social privilegiada e desprivilegiada, entre ricos e pobres, despida de fundamento legal e constitucional. No âmbito do direito penal, a condição econômico-financeira do réu justifica apenas a fixação, com maior gravame, do valor do dia-multa (artigo 60 do CP) ou da fiança (artigo 325, § 1º do CPP). (TRF-3 - HC 8.976, Rel. Juiz Convocado Márcio Mesquita, Primeira Turma, julgamento em 25-06-2013).

### c) Garantia da ordem pública e da ordem econômica

A garantia da ordem econômica enquanto fundamento para fins de decretação da prisão preventiva foi inserido no Código de Processo Penal pelo art. 86, da Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste), com o desígnio de tutelar o risco decorrente de condutas que comprometem a tranquilidade e a harmonia da ordem econômica. Consoante a Lei nº 8.884/1994, constituem infração da ordem econômica os atos que tenham como objeto ou possam produzir os efeitos arrolados no art. 20<sup>21</sup>, quais sejam: “I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

A doutrina parece unânime no sentido de concordar que o conceito de garantia da ordem econômica assemelha-se ao de garantia da ordem pública<sup>22</sup>, possibilitando a prisão do agente caso exista o risco concreto de reiteração de condutas delituosas que acarretem perdas financeiras vultosas e perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da Constituição), com abuso do poder econômico, visando à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da Constituição). Levando-se em conta tal semelhança, a maior parte das críticas que são feitas à garantia da ordem pública – a serem estudadas na seção 4 deste trabalho –, estendem-se à garantia da ordem econômica, ainda que esta seja escassamente utilizada na práxis judicial.

<sup>21</sup> Tal dispositivo, embora revogado pela Lei nº 12.529/2011, teve sua redação mantida.

<sup>22</sup> Távora e Alencar (2012, p. 583) destacam a “absoluta ociosidade do dispositivo, afinal, havendo temor da prática de novas infrações, afetando ou não a ordem econômica, já haveria o enquadramento na expressão maior, que é a garantia da ordem pública. A ordem econômica estaria enquadrada num contexto macro, que é o da preservação da ordem pública, não havendo a necessidade de disposição expressa neste sentido”. No mesmo sentido, cf. Avena (2012, p. 928-929).

### 3 O PAPEL DA ORDEM PÚBLICA NA ORDEM JURÍDICA

#### 3.1 A ORDEM PÚBLICA E SUA PROJEÇÃO NO CAMPO JURÍDICO

No tratamento jurídico da noção de ordem pública, é comum iniciar ressaltando as dificuldades na sua definição ou na sua caracterização. Já no começo do século XX, afirmava-se, como assinala Vigo (2010, p. 188) que a ordem pública era “um enigma” (Bartin), “que os juristas mais famosos não sabem o que é próprio da ordem pública” (Babiloni) e, ainda, que grande parte da sua majestade deve-se ao “mistério que a rodeia” (Japiot).

De fato, encontrar uma definição meramente lexical do conceito de ordem pública é uma tarefa demasiado difícil, tendo em vista tratar-se de uma expressão dotada de extrema *ambiguidade* e *vagueza* semânticas. Fala-se que um termo é denotativamente vago, porque tem diversos significados; e conotativamente ambíguo, porque, no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que se usa a palavra, ou seja, é impossível uma única definição que abarque todos os seus sentidos (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 38). Nesse passo, em seu estudo sobre a questão, Vigo (2010, p. 189-190) indica, pelo menos, doze caracterizações já atribuídas à ordem pública, a saber:

- a) identificação da ordem pública com o direito público (Demolombe, Portalis);
- b) equivalência entre ordem pública e interesse geral, público ou essencial do país (Planiol, Despaigne);
- c) a ordem pública como semelhante à ordem econômica (Ripert);
- d) a ordem pública como princípios fundamentais da organização social (Laurent, Salvat, Lafaille, Llambías);
- e) a ordem pública definida pelo legislador (Vareilles-Sommieres);
- f) a ordem pública configura-se nas declarações, nos direitos e nas garantias constitucionais (Rivarola);
- g) a ordem pública é equivalente aos bons costumes (Cardini);
- h) a ordem pública define-se a partir da lei imperativa (Borda);
- i) a ordem pública como organização política do Estado, especialmente, suas funções de polícia (Domat);
- j) a ordem pública aparece vinculada intrinsecamente ao poder, à primazia do Estado sobre o indivíduo (Ponsa de Miguens);
- k) a ordem pública como paz ou ausência de conflitos ou perturbações (Posada);

l) o que é a ordem pública fica livre para a intuição do intérprete (Mourion).

Apesar de não se ter conseguido ainda hoje definir os contornos precisos da noção de ordem pública – ao contrário, as dificuldades de sua definição tornaram-na uma expressão suspeita no discurso jurídico, ao lado de outros modelos jurídicos tradicionais, tais como os de “princípios gerais de direito”, “bons costumes”, “bem comum” e “moralidade pública” –, não é possível esquivar-se da tarefa de buscar compreendê-la<sup>23</sup>, sobretudo quando em nome de sua proteção são impostas sérias restrições a direitos fundamentais, como no caso da decretação de prisões cautelares. Para tanto, é preciso advertir que o conceito de ordem pública não é de uso exclusivo do Direito, pois também permeia outros saberes, como a política e a filosofia<sup>24</sup>. Todavia, considerando os limites deste trabalho, a análise dessa noção a ser aqui empreendida terá como foco o campo jurídico.

De início, convém precisar o alcance e o significado de cada uma das palavras que compõem a expressão em apreço. Compreendendo a sociedade como sistema, isto é, como um conjunto de elementos sociais – de cunho sociológico, psicológico, econômico e político – que se inter-relacionam de maneira regular e estável (organização), Moreira Neto (1988, p. 139) afirma que ordem é o “pré-requisito funcional da organização”, “no sentido de condição básica indispensável para o funcionamento de uma sociedade [...]. Em outros termos, *a ordem é a disposição interna que viabiliza uma organização*”. Ainda que à luz de outra perspectiva, Vigo (2010, p. 192) aduz que a “ordem supõe coordenação, uma certa redução da pluralidade à unidade, a vinculação regulada pela obtenção do fim comum, o que tem razão de bem”. Em todo caso, percebe-se que ordem diz respeito à organização, à coordenação, à harmonização ou à regulação de algo. Já o termo “público”, identifica-se com “político”. A *polis* dos gregos equivale à *res-publica* dos romanos e, com ambas as palavras, refere-se a uma multidão de homens, que se agruparam segundo certas leis para alcançar algo em comum. Nesse sentido, Vigo (2010, p. 193) arremata que o público, em seu atual significado, opõe-se ao privado, vinculando-se ao comum, notório e exterior às partes de determinada sociedade. Equivale ao

---

<sup>23</sup> Contudo, Vigo (2010, p. 188) reconhece que tanto o legislador, que define a sua obra com natureza de ordem pública, quanto os juízes, que invocam tal expressão em suas decisões, “não se preocupam plenamente com o seu conceito, fundamento e alcance; com isso, pode-se entender por que razão se consolidou, nos tribunais argentinos, a prática de renúncia explícita à possibilidade de sua definição (*El Derecho*, 103-437)”.

<sup>24</sup> Para Vigo (2010, p. 206), “Vale lembrar que nem toda ordem pública terá projeção no campo jurídico; porém, mesmo aquela parte [as dimensões não-jurídicas, de modo particular o ético social], vedada aos juristas, favorece o cumprimento das normas jurídicas, de onde não devem estas, em princípio, contradizê-la. Os juristas devem conhecer a ordem pública não-jurídica, para assim entender melhor e impulsionar o aperfeiçoamento da ordem jurídica e, com isso, favorecer a obtenção do bem da sociedade política”.

emprego da palavra “político” no sentido daquilo que é referente aos interesses e às atividades comuns aos membros de certa sociedade<sup>25</sup>.

Feitas essas considerações, interessa perquirir o que os juristas têm entendido pela expressão “ordem pública” e como se dá o seu emprego nos ramos específicos do Direito<sup>26</sup>.

O modo mais geral de se compreender ordem pública “consiste na aceitação ou na observância dos padrões do sistema jurídico da sociedade”. É o que se lê no tratamento dado à expressão no *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*: “Em geral, onde existe um desconhecimento popular em relação à lei, ou uma falha da polícia em sua tarefa, pode-se falar em ausência de ordem pública. Nesse sentido, o conceito equivale à existência do sistema jurídico” (ARNAUD et al., 1999, p. 554).

Por seu turno, Moreira Neto (1988, p. 142) define a ordem pública como o “pré-requisito de funcionamento do *sistema de convivência pública*”. Isso porque, para que todos possam exercer tranquilamente a sua respectiva liberdade individual na *convivência pública* – isto é, naquela que concerne às relações que os indivíduos travam entre si, independentemente do Estado e de outras instituições a que pertençam (nas ruas, nas praças, no trabalho, nas fábricas, nas salas de aula, nos estabelecimentos abertos ao público, nos locais de diversões, nas lojas, nas estradas, nas praias etc.) –, é preciso que “se estabeleça uma nova organização mínima em que se observe, obrigatoriamente, uma ordem ética mínima”<sup>27</sup> (MOREIRA NETO, loc. cit.). Esta última é o que se denomina *ordem pública*.

O referido autor admite que a noção de ordem pública é muito extensa e variável, precisamente porque a convivência pública é polifacética e cambiante. Mas, para ele, tudo se resolve com a distinção metodológica que propõe entre a acepção material (ou descritiva) e a acepção formal (ou normativa) de ordem pública.

---

<sup>25</sup> Tal autor adverte, contudo, que o termo “político” só pode ser considerado semelhante a “público” quando não é usado num sentido mais restrito, vinculado ao poder político, ao seu exercício e à sua obtenção ou conservação (VIGO, 2010, p. 193).

<sup>26</sup> A análise do termo sob a ótica do Direito Processual Penal será reservada à seção 4 deste trabalho.

<sup>27</sup> “É necessário dispor-se a convivência pública de tal forma que o homem, em qualquer relação em que se encontre, *possa gozar de sua liberdade inata*, agir sem ser perturbado, participar de quaisquer sistemas sociais que deseje (econômico, familiar, lúdico, acadêmico etc.), sem outros impedimentos e restrições que não os necessários para que essa convivência se mantenha sempre possível, sem outra obrigação que de observar a normatividade que lhe é imposta pela *ordem jurídica* constituída para todo o polissistema e admitida como o mínimo necessário para assegurar, na convivência, a paz e harmonia indispensáveis” (MOREIRA NETO, 1988, p. 142).

No *sentido material*, a ordem pública “é uma *situação de fato*, ocorrente numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um” (MOREIRA NETO, 1988, p. 143). Trata-se, assim, da ordem pública enquanto situação de convivência pacífica e harmoniosa da população ou enquanto estado de paz social. Moreira Neto (1988, p. 144) adverte que, muito embora não seja errado definir materialmente a ordem pública como “situação e o estado de legalidade normal” (De Plácido e Silva), é insuficiente, pois “A ordem jurídica engloba outros elementos que lhe são essenciais e que a tornam não só mais ampla como qualitativamente distinta da legalidade positiva”.

A propósito, Vergottini (1999, p. 851) esclarece que, no Direito Público, defende-se há muito a concepção material de ordem pública, semelhante àquela que vigora na política. Ela é concebida, ao mesmo tempo, como *circunstância de fato* e como *fim* do ordenamento político e estatal<sup>28</sup>. Aliás, é nesse sentido que a expressão é usada no Direito Administrativo e no Direito Penal, “como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinaram a dinâmica de um ordenamento”. Tal autor acrescenta que, nessa hipótese, a ordem pública “constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva”, tendendo a jurisprudência a ampliar a concepção material para incluir “a execução normal das funções públicas ou o funcionamento das instituições como a propriedade, de importância publicitária (ordem legal constituída)”.

Em relação ao Direito Constitucional, vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a ordem pública em três ocasiões específicas. A primeira está prevista no art. 34, que arrola as exceções que autorizam a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, entre as quais a do inciso III, para “pôr termo a grave perturbação da ordem pública”. A segunda disposição constitucional repousa no art. 136, do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), que autoriza o Presidente da República a, depois de ouvir os Conselhos da República e da Defesa Nacional, “decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. A terceira e última encontra-se no art. 144, segundo o qual a

---

<sup>28</sup> Ressalte-se que o autor antes admite, contudo, que se fala de ordem pública “com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos” (VERGOTTINI, 1999, p. 851).

segurança pública, “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos”. Destarte, pode-se observar que também é no sentido material que a ordem pública aparece no Direito Constitucional, como a situação de convivência pública pacífica e harmoniosa – embora Vergottini denomine *ordem pública constitucional* aquela que coincide com o conjunto de princípios fundamentais do ordenamento.

No *sentido formal*, a ordem pública é concebida como o conjunto de princípios fundamentais à vida social de cada povo. Ela consiste, pois, num modelo ideal, normativo, resultado de uma concepção abstrata e de uma afirmação de vontade, cuja destinação prática é distinta da conferida à aceção material. Na clara explicação de Moreira Neto (1988, p. 145):

A ordem pública formal atuaria como um *conceito geral de direito*, um sistema abstrato de referência, não apenas da convivência pública mas da própria ordem jurídica. Um “sobredireito”, como o chama PONTES DE MIRANDA, capaz de balizar os limites à manifestação da liberdade individual, de qualquer uma de que se trate, *vis à vis* o polissistema social.

Esse conjunto de princípios delinearía como que uma *fronteira* entre o campo do interesse individual, disponível, e o campo do interesse coletivo, indisponível, protegendo a este dos excessos e dos abusos anti-sociais das liberdades individuais.

É nesse sentido que se emprega a ordem pública no Direito Privado<sup>29</sup> e no Direito Internacional. No primeiro, ela assume o papel de limite ao exercício da autonomia contratual. Porém, adverte Vergottini (1999, p. 851) que, como já existem limites precisos que derivam de minuciosa disciplina normativa *ad hoc*, essa noção “coincide com os princípios diretivos gerais deduzidos das próprias opções constitucionais que não influiriam senão de modo geral e indireto na autonomia privada”. Assim, no Direito Privado, a ordem pública, como limite ao exercício de direitos, apresenta-se como uma noção *residual* que é difícil de definir de forma precisa; trata-se de um limite que atua quando não existem outros (específicos) e que tende a coincidir com a exigência, por via integrativa, do núcleo de princípios caracterizadores da Constituição do Estado, mas que não raro “coincide com a exigência também de um núcleo de valores e de critérios extrajurídicos que fogem a uma possível predeterminação objetiva”.

<sup>29</sup> É no sentido formal que se fala em “disposições de ordem pública” ou “leis de ordem pública” (por exemplo, cf. arts 122; 606, parágrafo único; 1.125; e 2.035, parágrafo único, do Código Civil de 2002). A tal respeito, após demonstrar as dificuldades enfrentadas pela doutrina para esclarecer a compreensão do que seja ordem, José Delgado assevera que são leis de ordem pública: as constitucionais; as processuais; as administrativas; as penais; as de organização judiciária; as fiscais; as de polícia; as que protegem os incapazes; as que tratam de organização de família; as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica (atinentes ao salário, à moeda, ao regime de bem) (STJ - SEC: 802 US 2005/0032132-9, Relator: Ministro José Delgado, julgamento em 17-08-2005, Corte Especial, DJ de 19-09-2005).

No Direito Internacional Privado, a ordem pública indica as situações em que o uso de uma norma estrangeira, realizável em termos abstratos, para regulamentar relações internas, chocar-se-ia concretamente com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico (VERGOTTINI, 1999, p. 851). Nesse caso, o seu conceito “serve de padrão ao meio pelo qual os tribunais de um Estado estabelecem a divisão entre os contratos, leis e julgamentos de um outro Estado que eles querem empregar” (ARNAUD et al., 1999, p. 554). Como limite para a aplicação das leis, dos atos e das sentenças de outro país, bem como de quaisquer declarações de vontade, é que o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que tais normas não terão eficácia se ofenderem “a soberania nacional, a *ordem pública* e os bons costumes” (grifo nosso). A ordem pública representa, portanto, limite de caráter excepcional, na medida em que derroga o funcionamento normal das vinculações entre os ordenamentos<sup>30</sup>.

No Direito Internacional Público, todavia, a ordem pública é utilizada em sentido diverso, em referência às relações entre Estados no âmbito da comunidade internacional. Uma vez que os princípios constitucionais dessa comunidade refletem o *standard* moral em que se moldam os comportamentos interestatais, constituem eles a “ordem pública internacional” e se impõem como *limite* inderrogável à atividade factual e à praxe consuetudinária interestatal (VERGOTTINI, 1999, p. 852).

Conclui Moreira Neto (1988, p. 147), diante das duas acepções de ordem pública, que há entre elas, além das diferenças, uma *complementaridade* e uma *interação*. Enquanto a acepção formal indica o *dever ser*, o que se deseja ver realizado na sociedade e, em particular, no sistema de convivência pública, a acepção material revela o *ser*, o que se pôde realizar, o que ocorre, de fato, na convivência pública. De outro lado, enquanto a ordem pública formal age como um molde para que a realidade rebelde se contenha em seus limites abstratos, a ordem pública material (realidade histórico-cultural) age para informá-la das vigências espontâneas e das limitações pragmáticas; ou seja: “o sistema social da convivência pública apresenta uma ordem pública real – a *situação* – e uma ordem pública ideal – os *princípios superiores* de toda a sociedade, que se interagem e se complementam na dinâmica juspolítica”.

---

<sup>30</sup> “No caso indicado, a Ordem pública dita internacional é, na realidade, um limite derivado *direta e exclusivamente* do sistema constitucional que deveria operar o adiamento, quando a norma chocasse com os princípios de tal sistema. Mas existem limites de Ordem pública originados em princípios fundamentais da comunidade internacional. Contudo, como os ordenamentos estatais se apropriam de tais princípios constitucionalizando-os, pode-se dizer que eles acabam também por impor-se como limites internos: trata-se, porém, de limites gerais que operam sempre, mesmo independentemente de hipóteses de dilação no quadro do direito internacional privado” (VERGOTTINI, 1999, p. 852).

Ao cabo do exposto, pode-se efetivamente perceber as dificuldades que a doutrina enfrenta para chegar à definição do que é ordem pública, uma vez que, além da sua vagueza e indeterminação, a divisão em material (realidade) e formal (norma) não responde à questão básica acerca de quando a ordem pública é violada, abalada ou posta em risco. Essa lacuna, sem dúvida, deve seguir constituindo uma preocupação para os juristas, porquanto, em nome da ordem pública, como antes visto, é que se balizam os limites da liberdade, justificando-se, inclusive, o seu completo cerceamento, como no caso que aqui interessa (prisões preventivas). Acontece que a tarefa de apontar quando a ordem pública é transgredida ou ameaçada parece haver sido deixada em aberto, uma vez que o legislador dela não cuidou, cabendo novamente à doutrina e, também, à jurisprudência traçar os contornos da “garantia da ordem pública”.

Antes da análise do que se tem entendido por “garantia da ordem pública” para fins de decretação da prisão preventiva, convém tecer alguns comentários acerca do contexto histórico do Código de Processo Penal de 1941, para melhor compreender as origens do instituto.

### 3.2 O CONTEXTO HISTÓRICO DA ELABORAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Não é nenhuma novidade que uma das principais inspirações do nosso Código de Processo Penal foi o Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco), elaborado por Mussolini em pleno regime fascista e estruturado, originariamente, sobre as bases do sistema inquisitório. Nessa perspectiva, Oliveira (2011, p. 5) sustenta que o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, “por razões óbvias e de origem”. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma eleito e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, o Ministro Francisco Campos – a cujo pensamento se retornará mais adiante –, conforme se verifica na sua *Exposição de Motivos*.

Alguns trechos desta última merecem ser transcritos, pois comprovam claramente a mencionada inspiração:

[...] *Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo*



*interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.*

[...]

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas”.

E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados.

[...]

*A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado. A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados (grifos nossos).*

Outro regime totalitário que influenciou o Código de Processo Penal brasileiro foi o da Alemanha. A noção de ordem pública tem sua origem no estado de exceção e vincula-se intimamente ao exercício da política. Conforme Gomes (2013, p. 27-28), em 1919, durante o conturbado período do entre guerras, a Constituição de Weimar já estabelecia no art. 48 que, “em caso de a segurança pública estar gravemente ameaçada ou perturbada, na República compete ao Presidente adotar as medidas necessárias ao reestabelecimento da lei e da ordem, mesmo com recurso às forças armadas”. E mais: “para esse fim, ele pode suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais descritos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154”. Dessa sorte, era o chefe do poder político quem determinava se a ordem pública encontrava-se ou não em risco.

Entretanto, segundo o mencionado autor, foi com a reforma nacional-socialista de 1935 que o processo penal alemão trouxe a permissão para se determinar o cárcere provisório com fundamento na excitação da opinião pública provocada pelo delito: “O contexto histórico do período entre guerras e a situação da Alemanha exigia que se elegessem os culpados dessa derrota e do infortúnio do povo alemão e que sobre estes recaísse a segregação, o isolamento e

o banimento, que só as prisões são capazes de realizar” (GOMES, 2013, p. 28). Nesse mesmo sentido, Lopes Junior (2011, p. 84) diz que a origem da ordem pública remonta à Alemanha da década de 1930, “período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender”.

O contexto histórico do Brasil dessa época era o Estado Novo (1937-1945), que se inicia quando Getúlio Vargas, com o suporte das Forças Armadas e da maior parte das elites, promove um golpe de Estado, nascendo uma ditadura autoritária. Para Fausto (2001, p. 25), a instituição do Estado novo representou a derrota dos liberais e a vitória dos ideais autoritários, defendidos, entre outros nomes, por Oliveira Viana, Francisco Campos e Azevedo Amaral. Os intelectuais autoritários identificaram-se com o regime por suas características mais evidentes: o carisma presidencial; a supressão da democracia representativa e do sistema de partidos; e a ênfase na hierarquia, em detrimento de mobilizações sociais, ainda que controladas.

A ênfase do discurso do pensamento autoritário, como sublinha Fausto (2001, p. 58), voltava-se à figura carismática do presidente, que assumira o papel de encarnar a nação e de ligar os fios do tecido social, de baixo para cima. O ideal do Estado Novo é ter um chefe de Estado que, em vez de liderar um partido, seja uma autoridade que se ponha acima de grupos de qualquer natureza, “de modo a poder dirigir a nação do alto, agindo como uma força de agregação e unificação e não como uma força de desagregação e luta”. Tais ideias, de Oliveira Viana (apud Fausto, 2001, p. 59-60) expressam, com clareza, o culto do Estado como a única instituição capaz de elevar o país ao nível de uma verdadeira nação:

A subordinação dos interesses dos indivíduos, do grupo, do clã, do partido ou da seita ao interesse supremo da coletividade nacional – da Nacionalidade – exprime-se, para cada cidadão, na vida de todos os dias, pela capacidade de obediência e disciplina, pelo culto do Estado e de sua autoridade. Há lugar aqui para este raciocínio: *o sentimento nacional forte gera a subordinação do indivíduo ao grupo; esta subordinação gera a obediência ao Estado; a obediência ao Estado gera a força, a grandeza, o domínio* (grifo do autor).

A figura de Francisco Campos, como antecipado, foi de suma importância para a formação do ideal autoritário, que, frise-se, privilegiava o Estado em detrimento dos direitos e garantias individuais. Na sua obra *Estado Nacional*, Campos (2005, *on-line*) sustenta que o já concluído projeto de Código de Processo Penal resultava de um imperativo da Constituição de 1937, existente na de 1934, porém não realizado pelos tumultuosos legisladores da segunda República. Segundo ele, impunha-se o afeiçoamento do processo penal “ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do Estado”, pois as leis então vigentes de processo

penal asseguravam aos réus, ainda que presos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, “um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade”. Dessa sorte, fazia-se necessário “abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”, pois não se podia “continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum”. O indivíduo, arremata o citado autor, “principalmente quando se mostra rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar outras franquias ou imunidades além daquelas que o garantem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social”.

Em suma, como revelam as palavras de Campos, eram essas as ideias – de inteira subordinação do indivíduo ao Estado, que estava autorizado a usurpar sua liberdade em nome do “bem comum” – que nortearam a criação do Código de Processo Penal de 1941, inclusive quanto à prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

### 3.3 A ORDEM PÚBLICA NO ATUAL CENÁRIO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL PÁTRIA

Como explicitado nas seções anteriores, a expressão “garantia da ordem pública” é dotada de considerável vagueza e indeterminação, provocando controvérsias na doutrina e na jurisprudência no que alude ao seu real significado – o que ficará ainda mais claro na seção 4 deste trabalho. Apesar disso, parecia natural, à época de sua elaboração, que o legislador, a inserisse no texto do Código de Processo Penal, tendo em vista a sua inspiração nos regimes nazifascistas de viés autoritário<sup>31</sup>. Ocorre que, após a entrada em vigor do Estatuto Processual Penal de 1941, nada mudou desde então no que tange à permissão para a decretação da prisão provisória para a garantia da ordem pública.

Convém salientar, nesse sentido, que, embora prevista desde 1941 no processo penal brasileiro a possibilidade de se determinar a custódia cautelar para assegurar a ordem pública, não existe uma indicação legislativa no CPP sobre o que esta é ou quando se encontra

---

<sup>31</sup> “Diversos autores apontam que a ausência de significado para a expressão garantia da ordem pública no Brasil não se trata de um lapso inocente do legislador de 1941. Segundo afirmam, o Código brasileiro, elaborado por Francisco Campos durante o período o Estado Novo (era Vargas), tem profunda influência da legislação italiana de 1930, vigente durante o fascismo (Código Rocco). Concluem que foi medida intencional do legislador brasileiro (inspirado pelo fascismo italiano) ter deixado a expressão garantia da ordem pública “em aberto”, pois isto possibilitaria (e ainda possibilita) maior intervenção do poder público na liberdade de ir e vir dos indivíduos” (PEREIRA, 2010, *on-line*).

ameaçada. Isso sem mencionar que, mesmo valendo-se da divisão proposta por Moreira Neto em “ordem pública material” e “ordem pública formal”, tampouco existe no CPP apenas um uso da expressão. Embora nos art. 312 e 424<sup>32</sup>, a ordem pública aproxime-se da sua utilização pelo Direito Administrativo, enquanto situação de convivência pacífica (material), o art. 781 – segundo o qual “As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes” – aproxima-se do seu emprego pelo Direito Internacional, enquanto conjunto de princípios fundamentais de certa sociedade (formal).

A única definição legal que se tem para o conceito de ordem pública está contida no art. 2º, do Decreto nº 88.777/1983, o qual regulamenta as Polícias Militares e o Corpo de Bombeiros Militares, aprovado pelo então Presidente João Figueiredo. No entanto, como se pode observar a seguir, não se foi muito além da já explicitada e insuficiente noção de ordem pública como convivência harmoniosa e pacífica:

Art. 2º - Para efeito do Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969 modificado pelo Decreto-lei nº 1.406, de 24 de junho de 1975, e pelo Decreto-lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983, e deste Regulamento, são estabelecidos os seguintes conceitos:

[...]

19) Manutenção da Ordem Pública - É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública.

[...]

21) Ordem Pública - Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a reabertura democrática, com a conseqüente superação período de ditadura militar no Brasil, muito se debateu, entre os estudiosos do processo penal, sobre uma releitura do CPP à luz dos princípios consagrados na mencionada Carta, em especial quanto às exigências constitucionais a respeito da prisão e da liberdade provisória.

Como um dos frutos desse debate, o Projeto de Lei nº 4.208/2001, que deu origem à ainda recente Lei nº 12.403/2011 – a qual, como se sabe, reformulou a sistemática da prisão

---

<sup>32</sup> “Art. 424. Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 433 deste Código”.

cautelar – propôs uma nova redação para o art. 312, do Código de Processo Penal, nos termos seguintes:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e *ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa* (grifos nossos).

Muito embora essa redação definisse de forma mais precisa a natureza da prisão preventiva na hipótese que hoje se chama “garantia da ordem pública”, pois delimitava o seu significado, o Congresso Nacional optou por não alterar a redação do art. 312, do Código de Processo Penal, mantendo a possibilidade de decretação da preventiva com fundamento na garantia da ordem pública e da ordem econômica.

Antes mesmo da aprovação da pontual reforma no sistema cautelar, em 2008, o Senado Federal designou uma Comissão de Juristas como responsável pela elaboração de um anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal<sup>33</sup>, o qual já foi entregue e aprovado no Senado Federal, tendo sido encaminhado à Câmara dos Deputados, onde aguarda a tramitação legislativa. O texto apresentado revelou a preocupação com uma (re)leitura do processo penal brasileiro à luz da Constituição, conforme os seguintes trechos de sua *Exposição de Motivos*:

Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado.

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. O Código de 1941, anunciava em sua *Exposição de Motivos* que “...as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um

---

<sup>33</sup> Como Coordenador da Comissão, figurou o Ministro Hamilton Carvalhido, e, como Relator, Eugênio Pacelli de Oliveira.

indireto estímulo à expansão da criminalidade...”. Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da República de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º).

Ao contrário do que se poderia pensar, embora reconhecida por tal Comissão a incompatibilidade entre a Constituição Federal de 1988 e o atual Código de Processo Penal, em razão de sua origem autoritária, a reforma do código manteve a permissão para se decretar a prisão preventiva para fins de garantir a ordem pública<sup>34</sup>. Dessa maneira, caminhou-se em sentido contrário ao percorrido, por exemplo, na Espanha, onde a utilização da *orden pública* para prisão preventiva foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, restando consignado no voto de Manuel Jiménez de Parga que o uso deste conceito indeterminado por parte dos juízes e tribunais conduz a que “seguramente um desconhecido ‘navarejo’ produza mais alarma social em um pequeno povoado que um famoso ladrão de colarinho branco em uma grande cidade” (GOMES, 2013, p. 42-43).

Diante do exposto, cabe indagar: se uma expressão “em aberto” como a garantia da ordem pública, reconhecidamente inspirada num contexto histórico e político de matiz autoritária e, assim, *prima facie* incompatível com os preceitos da Constituição de 1988, continua hoje – e tende a permanecer amanhã – no ordenamento jurídico brasileiro como um dos fundamentos mais frequentes na decretação de prisões preventivas, é possível aplicá-la de forma constitucionalmente válida, isto é, sem violar os direitos e garantias fundamentais? O que a doutrina e a jurisprudência pátrias têm entendido por “garantia da ordem pública” em tal caso? São basicamente essas as questões de que se ocupará adiante.

---

<sup>34</sup> Eis o teor do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal acerca da decretação da prisão preventiva: “Art. 544. 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.

§1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena.

§2º A gravidade do fato não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

§3º A prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente”.

## **4 A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA**

Para Lima (2011, p. 235), há três correntes, na doutrina e na jurisprudência, acerca do conceito e da possibilidade de se decretar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública.

A primeira corrente – segundo o citado autor, é minoritária – defende que a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública não é dotada de fundamentação cautelar, figurando como modalidade de cumprimento antecipado de pena. Para os adeptos dessa primeira corrente, “medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (finalidade extraprocessual)” (LIMA, 2011, p. 236).

Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública, esta é entendida como risco considerável de reiteração delitiva por parte do acusado caso permaneça solto, “seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime” (LIMA, 2011, p. 236).

Por derradeiro, a terceira corrente, de caráter ampliativo, considera que a prisão preventiva com alicerce na garantia da ordem pública pode ser decretada com a finalidade de impedir que o agente, caso solto, continue a delinquir, “e também nos casos em que o cárcere *ad custodiam* for necessário para *acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público*” (LIMA, 2011, p. 240). Como se verá, são feitas duras críticas ao clamor público e à credibilidade da Justiça enquanto critérios para fins de decretação da custódia cautelar.

Esta seção abordará cada uma dessas correntes da seguinte forma: em primeiro lugar, serão apresentadas as críticas doutrinárias à prisão preventiva para a garantia da ordem pública, em especial no que tange à ausência da natureza cautelar; em segundo lugar, expor-

se-ão os casos em que o STF e o STJ – e também a maior parte da doutrina – não admitem a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública; por fim, serão analisados os critérios aceitos pelos Tribunais Superiores (o risco de reiteração delitiva e a periculosidade social do agente), os seus principais argumentos e as críticas que lhes são dirigidas.

#### 4.1 A CRÍTICA DOUTRINÁRIA QUANTO À AUSÊNCIA DE NATUREZA CAUTELAR

Segundo Ferrajoli (1995, p. 555-559), toda prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória é radicalmente ilegítima e capaz de provocar o desvanecimento não só da presunção de inocências, mas de todas as demais garantias penais e processuais. A despeito disso, a captura *ante iudicium*, torna-se, em casos excepcionais, instrumento necessário para o processo, vale dizer, para a conveniência da instrução (perigo de alteração das provas) e para a garantia da aplicação da lei penal (perigo de fuga do imputado).

O problema se dá quando a prisão preventiva é decretada para a garantia da ordem pública, esta entendida em quaisquer de suas acepções, seja a partir clamor público, do grave abalo social, da gravidade do crime, do risco de reiteração delitiva ou da periculosidade do agente. Isso porque, em todos esses casos, a prisão perde a sua função puramente processual (cautelar), para se transformar numa medida de defesa social contra os acusados socialmente perigosos (FERRAJOLI, 1995, p. 740).

Nessa linha de raciocínio, Delmanto Junior (2001, p. 183) sustenta que, embora seja inegável que a manutenção em liberdade daquele contra o qual pesem sérios indícios de autoria de crimes que provoquem um grave abalo social – com traços de maldade, sadismo, humilhação, uso gratuito de violência física ou psíquica etc. – ocasione forte insegurança, a prisão preventiva, nesses casos, afigura-se como “um mal necessário” ou “*uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo*”. E, assim, distancia-se “de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento *do processo e da eficácia* de seu resultado – insito a toda e qualquer *medida cautelar*, servindo de ***inaceitável instrumento de justiça sumária***” (grifos no original). Ademais, “ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc., estar-se-á *presumindo a culpabilidade do acusado* [...]”.

Também argumentando que as prisões preventivas para garantia da ordem pública não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais, Lopes Junior (2011, p.



83), afirma que “as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim [a] garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo”. Se essa característica básica – a instrumentalidade “qualificada” ou ao “quadrado” (servir ao processo) – desaparece, a prisão não é cautelar nem constitucional. Assim, a prisão preventiva para garantia da ordem pública nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos: “trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de *segurança pública*”.

Lima (2003, p. 155), por sua vez, entende que, quando decretada para a garantia da ordem pública, a prisão preventiva deixa de ser uma medida de natureza cautelar, recaindo sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita do delito cometido, o que equivale a uma presunção de culpabilidade. As prisões preventivas, portanto, “mostram-se ilegítimas, representando uma execução provisória (ou antecipada da pena), cuja principal finalidade seria a prevenção frente aos sujeitos perigosos ou suspeitos, contrariando o princípio da *nulla poena sine iudicio*”.

A referida autora vai mais além, para sustentar que, além de ser um mecanismo meramente punitivo, a custódia preventiva para a garantia da ordem pública, perde os seus objetivos na medida em que, enquanto na teoria é tida como excepcional e de curta duração, na prática passa a ser uma medida automática, adquirindo, inclusive feição administrativa em virtude do abuso de sua decretação pelos julgadores. São mitigados, por conseguinte, “direitos e garantias constitucionais em nome de um sistema penal que prima pelo repressivismo”. Os seus pressupostos “têm um caráter arbitrário, potestativo e não cognoscitivo; não suscetíveis de refutação, referindo frequentemente algo imaginário e não concreto” (LIMA, 2003, p. 155)

Nessa mesma esteira, Tourinho Filho, (2010, p. 849-850) afirma que a decretação da custódia preventiva como garantia da ordem pública “é inesgotável fonte de excesso e de iniquidade”. E mesmo que, às vezes, seja tolerável, como na hipótese em que o indiciado ou o acusado continuam com sua atividade criminosa, a medida coercitiva perde, nesse caso, às escâncaras o seu caráter cautelar, transmudando-se numa espécie de medida de segurança sem respaldo constitucional. Para o citado autor, a ordem pública nada tem a ver com o processo: “Há cem léguas de distância entre ela e a garantia de um processo justo”, e a prisão preventiva

em seu nome era admitida numa época totalitária, ao tempo em que a presunção de inocência não havia sido guindada à posição de cláusula pétrea da nossa Lei Fundamental<sup>35</sup>.

Dessa maneira, saliente-se, ainda, que defender que a segregação preventiva para garantia da ordem pública não tem caráter cautelar significa reconhecer sua incompatibilidade com a ordem constitucional, por violar os direitos e garantias individuais. Além de unânimes nesse ponto, os autores que se filiam a tal posição também criticam o caráter polissêmico da expressão “garantia da ordem pública” e a consequente inexistência de critérios racionais para controlar o seu uso por parte dos juízes e tribunais.

Apenas para ilustrar, Mendes e Branco (2013, p. 559) afirmam que o conceito de garantia da ordem pública é assaz impreciso e provoca grande insegurança na doutrina e na jurisprudência, “tendo em vista a possibilidade de se exercer, com esse fundamento, um certo e indevido controle da vida social”. Igualmente, Lopes Junior (2011, p. 70 e 82) assevera que a garantia da ordem pública, “por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”. Segundo ele, o grande problema é que, diante da “anemia semântica” do art. 312, “uma vez decretada a prisão, os argumentos ‘falsificados’ pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis”.

No mesmo passo, Tourinho Filho (2010, p. 847) diz o seguinte:

“Comoção social”, periculosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, “credibilidade da Justiça”, “idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo absolutamente tudo, se ajusta àquela expressão genérica “ordem pública”. [...] E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo de sua amizade.

---

<sup>35</sup> “Se o criminoso demonstrou profunda insensibilidade moral, por que prendê-lo preventivamente? Se toda prisão provisória há de apresentar, necessariamente, caráter cautelar, se a cautela está em prevenir possíveis danos que a liberdade do imputado possa causar ao processo condenatório, indaga-se: que reflexo poderá recair sobre o processo o fato de o réu haver cometido crime grave, gravíssimo, de grande repercussão? Não se pode falar em prisão preventiva sem estar com as vistas voltadas ao princípio da presunção de inocência. Do contrário, para que serviria esse princípio? Se é dogma constitucional, todos devem respeitá-lo. Se houver desejo de encher as nossas cadeias, o problema não é difícil, é fácilimo: basta rasgar a Magna Carta ou mandá-las às favas... Na hipótese de ‘preservação da ordem pública’, a prisão preventiva não tem nenhum caráter cautelar. Ela não acautela ‘o processo condenatório a que está instrumentalmente conexas’. Que espécie de dano a liberdade do réu pode causar ao processo se o crime foi cometido com requintes de perversidade? O que ela tutela não é o processo condenatório, diz Romeu Pires de Campos Barros: é a própria ordem pública” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 850).

Na jurisprudência, a situação da garantia da ordem pública é ainda pior. Porque, embora se reconheça a extrema dificuldade de conceituá-la<sup>36</sup>, as autoridades judiciais têm se valido cotidianamente dessa expressão para justificar as mais diferentes situações de prisão preventiva, como, por exemplo: em vista da repercussão social provocada pelo delito (clamor público); para tutelar a credibilidade do Poder Judiciário; para proteger a integridade física do próprio agente; a fim de evitar o perigo de reiteração criminosa; e diante da periculosidade do agente<sup>37</sup>. Apesar disso, pode-se estabelecer, pelo menos no âmbito dos Tribunais Superiores, o atual entendimento sobre o que não se deve e o que se deve entender por garantia da ordem pública. Essa tarefa, a ser realizada a seguir, além de fornecer critérios para uma interpretação da referida hipótese autorizadora, pode evidenciar em que casos e sob que condições, segundo o STF e o STJ, ela não violaria os direitos e garantias fundamentais.

#### 4.2 CASOS QUE NÃO JUSTIFICAM A PRISÃO PREVENTIVA SEGUNDO O STF E O STJ

Basicamente, observam-se três hipóteses em que o STF e o STJ nega, reiterada e veementemente, a possibilidade de decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, a saber: quando ela estiver lastreada somente (1) na gravidade em abstrato do crime; (2) no clamor público e/ou na credibilidade da Justiça; e (3) na proteção do próprio agente.

(1) Em relação à gravidade em abstrato do delito, ressalte-se que a nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011 ao art. 315, do Código de Processo Penal, dispõe que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. Parece não haver dúvidas, aliás, de que esse dispositivo é uma exigência do art. 5º, inciso LXI, e do art.

---

<sup>36</sup> Emblemática é a manifestação do Ministro Ayres Britto no seguinte julgamento: “[...] segundo ressaltai em julgamentos anteriores, tenho buscado, a partir da Constituição Federal, um conceito seguro de ordem pública. Minha âncora, de longa data, tem sido o art. 144 da Constituição, e nem assim consigo sentir-me absolutamente tranquilo quanto a uma tentativa de formulação conceitual da matéria. [...] Avanço no raciocínio para dizer que a expressão ‘*ordem pública*’, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de ‘*preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*’, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um *tertium genus*. Mas o máximo que consegui até agora foi este conceito negativo: ‘*ordem pública*’ é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (STF – HC 101.300/SP, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05-10-2010, Segunda Turma, DJe de 18-11-2010). No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, lê-se trecho de decisão no mesmo sentido: “‘Ordem pública’ é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, *facilmente enquadrável em qualquer situação*” (TJ/RS – Recurso em Sentido Estrito n. 70006880447, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, Quinta Câmara, julgamento em 29-10-2003).

<sup>37</sup> A título de exemplo, Pereira (2010, *on-line*) apresenta diversas decisões das Cortes brasileiras nesse sentido.

93, IX, da Constituição Federal, no sentido de que as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, o que se mostra especificamente claro em se tratando de medidas extremas.

Além do mais, como estudado na seção 2, as prisões cautelares são medidas excepcionais que só se justificam em casos extremos, apenas podendo ser impostas quando existir prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria, e para garantir a ordem pública e econômica, a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal. Portanto, além da existência do delito e da convergência dos indícios em direção ao acusado, é preciso demonstrar concretamente a necessidade premente da custódia antecipada.

Nessa perspectiva, a jurisprudência do STF e do STJ é pacífica no sentido de que a mera gravidade abstrata do delito não é suficiente para concluir pela periculosidade social do agente<sup>38</sup>. O juiz precisa respaldar-se em fatos concretos para afirmar que o *status libertatis* do agente implica um risco efetivo à sociedade, nunca em conjecturas ou ilações abstratas.

(2) Quanto ao clamor público e/ou credibilidade da Justiça, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem rechaçando categoricamente a possibilidade de decretação de prisão preventiva com base exclusivamente nessas hipóteses. Nesse passo, o Ministro Carlos Ayres Brito, diz que o STF já firmou o entendimento de não se prestam para preencher o conteúdo da “ordem pública” o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da justiça ou ao clamor público, “seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado”<sup>39</sup>.

Acerca do clamor público, Delmanto Junior (2001, p. 184-188) chama a atenção para o fato de que, numerosas vezes, “não é o crime, em tese cometido, que gera a chamada ‘vigorosa reação social’, mas sim a desmedida dramatização e até mesmo alteração da versão dos fatos pela imprensa”. Segundo ele, tal dramatização – que visa mais aumentar a audiência

---

<sup>38</sup> No STF, por exemplo, cf. HC 121.183/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 13-05-2014, DJe de 05-06-2014; e HC 115.434/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 10-12-2013, DJe de 14-02-2014. No STJ, cf. HC 243.717/BA, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgamento em 28-08-2012, DJe de 05-09-2012; AgRg no HC 127.876/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgamento em 04-12-2012, DJe de 18-12-2012; e HC 281.226/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgamento em 06-05-2014, DJe de 15-05-2014.

<sup>39</sup> HC 111.244/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgamento em 10-04-2012, DJe de 26-06-2012. No mesmo sentido no âmbito do STF, cf. HC 111.244/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgamento em 10-04-2012, DJe de 26-06-2012; e HC 100.012/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 15-12-2009, DJ de 26-02-2010. No STJ, cf. HC 284.887/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgamento em 19-08-2014, DJe de 02-09-2014; e HC 281.226/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgamento em 06-05-2014, DJe de 15-05-2014.

televisiva ou radiofônica, ou, ainda, o número de leitores de periódicos com a finalidade de valorizar o espaço para a propaganda, do que realmente informar, de forma isenta, o ocorrido – é o que leva, muitas vezes, ao clamor público, que não se verificaria na sua ausência. Além disso, ressalta que, embora a opinião publicada possa identificar-se com a opinião pública, é demasiado difícil a tarefa do juiz de distinguir se a revolta da sociedade decorre do choque que o crime causou no meio social, por si só, ou se essa vingança do inconsciente popular é consequência da exploração e da distorção dos fatos pela mídia<sup>40</sup>.

Já acerca da credibilidade da Justiça e das instituições, Lopes Junior (2011, p. 89) argumenta que se trata de uma falácia, pois “nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim”. Nesse caso, ademais, trata-se de uma função metaprocessual, incompatível com a natureza cautelar da medida. Ressalta, de outro lado, com alicerce nas palavras de Eros Grau no voto proferido no *Habeas Corpus* nº 95.009-4/SP, que “o combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I)”.

(3) Relativamente à proteção do próprio agente, a prisão preventiva para garantia da ordem pública visaria evitar o risco de linchamento ao suposto autor do crime. A respeito do assunto, Delmanto Junior (2001, p. 180), considera não ser acertada a orientação de que o requisito da ordem pública se verifica no caso de salvaguarda da integridade física do próprio imputado, em face de eventual vingança da vítima, dos seus familiares (ou de populares). Isso porque, se o criminoso é quem é ameaçado de represálias, não se justifica a sua prisão, sendo

---

<sup>40</sup> Vale advertir que, apesar de prevalecer na jurisprudência que a repercussão social intensa (clamor público) provocada pela gravidade do crime não pode, por si só, autorizar a privação cautelar da liberdade sob o manto da garantia da ordem pública, há quem discorde dessa posição, não para sustentar que o juiz possa, simplesmente com base no anseio da população por justiça ou a partir de notícias sensacionalistas veiculadas em jornais e em revistas, determinar a custódia provisória, “mas sim no sentido de que deve ser admitida a prisão preventiva em hipóteses de real e inequívoco abalo social provocado pela prática de crimes de extrema gravidade, visando-se, destarte, não apenas ao restabelecimento do sossego social, como também à própria credibilidade das instituições, sobretudo do Judiciário” (AVENA, 2012, p. 928). Nesse mesmo passo, Nucci (2012, p. 660) afirma o seguinte: “Crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da Justiça e do sistema penal. Não se pode, naturalmente, considerar que publicações feitas pela imprensa sirvam de base exclusiva para a decretação da prisão preventiva. Entretanto, não menos verdadeiro é o fato de que o abalo emocional pode dissipar-se pela sociedade, quando o agente ou a vítima é pessoa conhecida, fazendo com que os olhos se voltem ao destino dado ao autor do crime. Nesse aspecto, a decretação da prisão preventiva pode ser uma necessidade para a garantia da ordem pública, pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave, envolvendo pessoa conhecida (autor ou vítima). Se a prisão não for decretada, o recado à sociedade poderá ser o de que a lei penal é falha e vacilante, funcionando apenas contra réu e vítimas anônimas. O clamor público não é o fator determinante para a decretação da prisão preventiva, embora não possa ser, singelamente, desprezado, como se não existisse”.

dever da autoridade garanti-lo contra qualquer violência, e não tirar-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo.

Para Pereira (2011, p. 154), a decretação da prisão preventiva para a proteção do próprio agente é a mais bizarras das justificativas dadas para garantir a ordem pública, pois o Estado, “que deveria garantir a segurança pública da comunidade, bem como a incolumidade corpórea do acusado, termina por determinar a segregação deste último a fim de protegê-lo de eventual violência contra sua pessoa (!?)”.

Conquanto com uma visão diversa sobre o papel do Estado, Nucci (2012, p. 664) sustenta que a alegação de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto de vingança de terceiros não autoriza a decretação da custódia preventiva: “Cabe ao indiciado ou ao réu procurar a melhor maneira de se proteger, se for o caso, mas não se pode utilizar da custódia cautelar para esse mister”.

Da mesma forma, os Tribunais Superiores opõem-se à possibilidade de decretação da prisão com base em tal situação. No STF, o Ministro Joaquim Barbosa já asseverou que a necessidade de preservar a integridade física do agente em face da revolta popular que o crime ocasionou não é capaz de sustentar a prisão preventiva, pois “ninguém pode ser preso para sua própria proteção”<sup>41</sup>. A posição do STJ caminha na mesma linha: “A invocação da necessidade de se assegurar a integridade física do próprio acusado não constitui fundamentação idônea”<sup>42</sup>.

### 3.3 O RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA E A PERICULOSIDADE DO AGENTE: CRITÉRIOS SUFICIENTES?

Pode-se dizer que há dois critérios admitidos pelas Cortes Superiores para invocar a garantia da ordem pública para decretação da preventiva, a saber: (1) quando há o perigo de reiteração criminosa; e (2) diante da acentuada periculosidade do agente. Cumpre esclarecer, no entanto, que este último critério confunde-se com o primeiro, já que uma das formas de se avaliar a periculosidade do agente é, justamente, por meio do risco de este voltar a delinquir, da mesma forma que tal risco evidencia a sua periculosidade. Assim, pode-se afirmar que são critérios que não raro se confundem (PEREIRA, 2011, p. 152).

---

<sup>41</sup> HC 100.863/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 04-12-2009, DJe de 05-02-2010.

<sup>42</sup> RHC 25.753/AM, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgamento em 04-06-2009, DJe de 29-06-2009.

Trata-se da posição majoritária no Brasil, segundo a qual a prisão preventiva pode “ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente” (LIMA, 2011, p. 236). Vale destacar que, para os seus defensores, a custódia preventiva decretada para a garantia da ordem pública possui natureza cautelar, como “forma de assegurar o resultado útil do processo”, uma vez que, com a sentença e com a pena privativa de liberdade, pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos (FERNANDES, 2005, p. 302).

Aliás, um dos adeptos da mencionada corrente é Garcia (1945, p. 169-170), cuja clássica lição segue inspirando a doutrina e a jurisprudência hodiernas:

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, *evitar que o delinquente volte a cometer delitos*, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência.

No âmbito do STF e do STJ, é possível encontrar um longo rol de precedentes no sentido de que o risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente são motivos idôneos para justificar a decretação a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Apenas para ilustrar, confira-se o teor de algumas dessas decisões, a fim de verificar como os Tribunais Superiores argumentam ao se valerem da hipótese autorizadora em análise.

No já citado HC 111.244/SP (STF), o Relator Ministro Ayres Britto afirma que, no caso, a custódia preventiva não foi decretada em meras suposições de risco à garantia da ordem pública ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao paciente, já que “a decisão indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao *modus operandi* brutalmente incomum”. Assim, quando o modo de execução do crime aponta a extrema periculosidade do agente, o decreto prisional ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre *modus operandi* e garantia da ordem pública, “isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade”<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> STF - HC 111.244/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgamento em 10-04-2012, DJe de 26-06-2012. No mesmo sentido no STF: HC 118.955/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgamento em 11-03-2014, DJe de 20-03-2014; HC 90.398/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 10-04-2007, DJ de 18-05-2007.

No mesmo diapasão, no HC 256.699/RJ (STJ), o Ministro Og Fernandes, sustenta que, na espécie, a prisão preventiva encontra-se suficientemente fundamentada na necessidade de resguardo da ordem pública. Com efeito, destaca que não a gravidade abstrata, mas, sim, o *modus operandi* dos delitos evidencia a periculosidade social da acusada, a qual, segundo a peça delatória, “estaria envolvida em quadrilha dedicada à obtenção de vantagem econômica indevida em detrimento de turistas na cidade do Rio de Janeiro por meio do golpe conhecido como ‘boa noite cinderela’”<sup>44</sup>. Já no RHC 42.177/ES (STJ), a Ministra Regina Helena Costa diz que a necessidade de garantia da ordem pública, no caso, está devidamente fundamentada na periculosidade social do recorrente, demonstrada no *modus operandi* da prática criminosa, consistente na tentativa de homicídio duplamente qualificado, em que os acusados efetuaram diversos disparos de arma de fogo contra a vítima, dentro de um ônibus coletivo e em horário extremamente movimentado, vindo a ferir um terceiro, e, com a fuga da vítima, continuaram a efetuar disparos de arma de fogo em sua direção, bem como pela reiteração delitiva<sup>45</sup>.

Além do *modus operandi*, também se costuma recorrer à folha de antecedentes do criminais do imputado para avaliar a sua periculosidade. Nesse sentido, no HC 103-330/MG (STF), o Ministro Luiz Fux, após relatar o cenário fático do caso (de estelionato) sustenta que a folha de antecedentes criminais do acusado “indica que há diversas investigações, antigas e recentes, além de uma condenação por crime da mesma espécie, havendo risco ponderável de reiteração delitiva”. Isso, somado ao fato de que, apesar de citado por edital – o que acarretou a suspensão do processo e do prazo prescricional –, o acusado permanece em local incerto e não sabido por mais de seis anos, torna o decreto prisional idôneo<sup>46</sup>. Também recorrendo à folha de antecedentes criminais, a Ministra Laurita Vaz, no HC 280.563/RS (STJ), argumenta que, no caso, a prisão cautelar do paciente encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública ante a possibilidade concreta de reiteração delitiva, “porque é reincidente e possui antecedentes, tendo condenação definitiva por crime de roubo e três registros de condenação por delitos de furto”<sup>47</sup>.

Diante disso, percebe-se que a necessidade de garantia da ordem pública só pode ser verificada quando as circunstâncias do caso concreto, refletidas no *modus operandi* empregado na prática criminosa – ou, também, pela folha de antecedentes –, demonstram a

---

<sup>44</sup> STJ - HC 256.699/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgamento em 04-04-2013, DJe de 16-04-2013

<sup>45</sup> STJ - RHC 42.177/ES, Rel. Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgamento em 27-05-2014, DJe de 02-06-2014.

<sup>46</sup> STF - HC 103-330/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 21-06-2011, DJe de 09-08-2011.

<sup>47</sup> STJ - HC 280.563/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgamento em 25-03-2014, DJe de 31-03-2014.



periculosidade do agente e/ou o risco de reiteração delitiva. Desse modo, a gravidade abstrata do delito não basta para concluir pela necessidade da prisão. É imperioso, frise-se, amparar-se em elementos concretos para se sustentar a periculosidade do agente e/ou o risco de reiteração delitiva.

Uma vez apontados os dados concretos capazes de evidenciar um desses critérios, segundo o STF e o STJ, nada impede que a medida extrema de constrição da liberdade venha a ser imposta ao indiciado ou ao acusado, e isso mesmo que este possua condições subjetivas favoráveis, tais como bons antecedentes, primariedade, profissão definida e residência fixa<sup>48</sup>. Nesses casos e sob essas condições, inexistiria violação a direitos e garantias fundamentais.

É importante destacar, contudo, que parte da doutrina critica duramente o decreto de prisão preventiva com fundamento nos critérios acima explicitados. Lopes Junior (2011, p. 90), nesse sentido, afirma que a prisão sob o argumento do risco de reiteração delitiva atende não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e ao fundamento daquele. Ironiza que, além de um diagnóstico impossível de ser feito, “salvo para os casos de vidência e bola de cristal”, é flagrantemente inconstitucional, porque “a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros”. E desenvolve a mesma crítica em seguida:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal... (grifo no original).

Na mesma esteira, Delmanto Junior (2001, p. 178-179) pondera que a decretação da prisão preventiva com fundamento de que o réu poderá cometer novos delitos baseia-se em *dupla presunção*: “a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de

---

<sup>48</sup> “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a primariedade, a residência fixa e a ocupação lícita não possuem o condão de impedir a prisão cautelar, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre no caso”. (STF - RHC 116.469/MT, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 19-11-2013, DJe de 03-12-2013). Em igual sentido no STJ: “É cediço o entendimento desta Corte no sentido de que a existência de condições pessoais favoráveis não impede a manutenção da segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais, como se dá na hipótese dos autos” (RHC 47.255/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgamento em 27-05-2014, DJe de 09-06-2014).

que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado”. Diante dessa presunção de reiteração, o mencionado autor conclui que restariam violadas as garantias constitucionais da desconsideração prévia da culpabilidade e da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88; art. 5º, § 2º, CF/88 c/c arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Apesar de todas as críticas, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública permanecerá existindo no ordenamento jurídico brasileiro sem critérios legais definidos sobre o seu significado e sobre o seu alcance, até porque, como dito, na oportunidade que se teve de extirpá-la ou de precisá-la nas reformas legislativas, optou-se por não fazê-lo, preferindo-se deixar esta difícil tarefa seguir nas mãos da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência.

Todavia, isso não significa que se deve aceitar acriticamente a falta de um critério seguro para se saber quando um indivíduo pode ser preso preventivamente com alicerce nessa hipótese autorizadora. Ao contrário, conferindo tamanho poder ao juiz, com um fundamento “em aberto” para a prisão preventiva, a lei abre margem para a promoção de prisões ilegais e arbitrárias e, por consequência, para graves violações a direitos e garantias fundamentais.

De outro lado, é igualmente precipitado abandonar a “garantia da ordem pública” sem substituí-la por um fundamento melhor e que se proponha ao mesmo fim<sup>49</sup>. E isso não só porque se concorda com a correção da maioria das decisões proferidas com base nela, mas, principalmente, porque não é necessária uma bola de cristal nem um *periculosômetro* para se inferir, com razoável grau de confiabilidade, que, em situações extremas, capazes de provocar profunda intranquilidade social – seja pelo *modus operandi* (ousado, reprovável, repugnante etc.), seja pela extensa folha de antecedentes, por exemplo, no caso de o indivíduo já haver sido condenado ou responder por vários crimes da mesma espécie –, torna-se indispensável a

---

<sup>49</sup> É importante ressaltar que a prisão provisória sob o argumento do “risco de reiteração delitiva” é admitida no direito comparado. A título ilustrativo, o art. 503.2, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Espanha) autoriza a prisão cautelar, “para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer”; o art. 274, do *Codice di Procedura Penale* (Itália), por sua vez, admite a prisão “quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede”; o art. 204, do Código de Processo Penal Português, autoriza a custódia quando houver “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”.

segregação antes do trânsito em julgado da condenação criminal. Observe-se, portanto, que se deve fazer um juízo de periculosidade (e não de culpabilidade), sobre o futuro, mas com base em fatos concretos pretéritos – jamais com base em meras ilações ou conjecturas, desprovidas de base empírica – que indiquem a probabilidade real, iminente, de que, caso seja solto, o indiciado ou o acusado voltará a delinquir.

Mas ainda que não se concorde com todas as críticas doutrinárias, elas certamente são de grande importância para chamar a atenção dos magistrados – e também da sociedade – para o terreno nebuloso e delicado em que entra quando entende ser o caso de se decretar uma prisão em face de perigo à ordem pública, impondo, de certa forma, um “dever de vigilância”, para que se evite a banalização e o uso desarrazoado dessa hipótese autorizadora.

Em outras palavras, para decretarem uma prisão com fundamento na garantia da ordem pública, os juízes e os tribunais devem tomar muita cautela e apontar, com franqueza e robustez argumentativa, em que elementos baseiam sua convicção sobre o risco de reiteração delitiva e/ou sobre a periculosidade do agente, nunca desviando o olhar do caso concreto, pois é apenas nesta medida que esses dois critérios podem ser tidos como minimamente suficientes para justificar a custódia cautelar.

## 5 CONCLUSÃO

Com as reflexões aqui realizadas, buscou-se entender o significado e o alcance da garantia da ordem pública enquanto fundamento para fins de decretação da prisão preventiva. Para tal, além de analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, isto é, como essa hipótese autorizadora vem sendo aplicada e interpretada, considerou-se necessário um exame da noção de ordem pública no Direito e do contexto histórico de elaboração do Código de Processo Penal. Pelo apresentado neste trabalho, foi possível chegar a algumas conclusões, conforme o que segue.

Embora o Código de Processo Penal autorize a prisão preventiva como garantia da ordem pública, a própria expressão ordem pública é polissêmica e multifacetada, para a qual o legislador não apresentou um significado específico. A simplória divisão em “ordem pública material” – enquanto situação de convivência pacífica e harmoniosa da população – e “ordem pública formal” – enquanto conjunto dos princípios fundamentais à vida de cada povo –, não resolve os problemas de vagueza e indeterminação da expressão, já que não evidencia quando a ordem pública é ameaçada ou violada, a ponto de autorizar a prisão cautelar, tarefa esta que acabou sendo deixada em aberto para construção pela doutrina e pela jurisprudência.

De outro lado, observou-se que a emergência da garantia da ordem pública como um dos fundamentos para a prisão preventiva no Código de Processo Penal brasileiro ocorreu num contexto histórico e político de viés autoritário, porquanto profundamente influenciado pelos regimes nazifascistas da Itália e da Alemanha da década de 1930, período em que os interesses individuais subordinavam-se aos de tutela da coletividade, justificando-se uma série de intervenções do poder público na liberdade de ir e vir dos indivíduos.

Apesar dessa origem autoritária, as reformas e as propostas de reformas legislativas do Código de Processo Penal mantiveram, expressamente, a permissão de se decretar a prisão preventiva para a garantia a ordem pública, mesmo quando reconhecida a incompatibilidade manifesta entre o seu modelo normativo e o da Constituição de 1988.

Aliás, uma das correntes acerca do conceito de garantia da ordem pública, atenta às questões acima, sustenta que a prisão decretada com base nessa hipótese autorizadora não tem natureza cautelar, figurando como modalidade de cumprimento antecipado da pena. Isso porque ela não possui uma finalidade *endoprocessual*, isto é, não é um instrumento a serviço

do processo, mas sim uma finalidade *extraprocessual* (v.g., evitar a prática de novas infrações penais), sendo mais uma medida de defesa social, de justiça sumária ou de segurança pública. A parcela da doutrina que se filia a tal visão defende, conseqüentemente, a incompatibilidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública com a ordem constitucional, por violar os direitos e garantias individuais.

Não é essa, contudo, a corrente que prevalece no âmbito dos Tribunais Superiores (majoritária). De acordo com o STF e com o STJ, a prisão preventiva para garantia da ordem pública só pode ser decretada nos casos de perigo de reiteração delitiva ou a periculosidade do agente. O modo de utilização desses dois critérios pelo julgador, como revelam os precedentes analisados, consiste num juízo de periculosidade a ser feito com alicerce no cenário fático de cada caso – via de regra, debruça-se sobre o *modus operandi* da empreitada criminosa e sobre a folha de antecedentes criminais –, para se verificar a probabilidade real de que o imputado, caso tenha o *status liberatis* restituído, voltará a praticar novos crimes.

Pode-se falar, ainda, numa corrente mais ampliativa que, além de admitir a prisão preventiva para a garantia da ordem pública com base nos dois critérios referidos, também a aceita quando se mostrar necessário acautelar o meio social, para proteger a credibilidade da Justiça em crimes que provoquem o clamor público. Ao longo desta investigação, no entanto, demonstrou-se que os Tribunais Superiores rejeitam estes e outros critérios.

Para o STF e para o STJ é vedado recorrer à garantia da ordem pública para fins de preventiva – sob pena de a prisão tornar-se ilegal – quando aquela for entendida a partir da gravidade abstrata do delito, do clamor público (repercussão social), da credibilidade da Justiça ou da proteção do próprio agente. Isso porque tais expressões são meramente retóricas ou emocionais e visivelmente não possuem a instrumentalidade necessária a qualquer prisão provisória, mas, antes, antecipam a culpa do acusado. Quanto à integridade física do acusado, não se pode olvidar que a prisão não se presta a tanto, inclusive porque protegê-la é dever da atividade não jurisdicional de segurança pública.

Dito isso, ainda que a doutrina e a jurisprudência não tenham logrado chegar a um consenso sobre o significado de garantia da ordem pública, pairando dúvidas, ainda, acerca da sua cautelaridade, o risco de reiteração criminosa e a periculosidade do agente parecem ser os únicos critérios aptos a preencher o conteúdo dessa expressão, na medida em que exigem que a custódia esteja sempre lastreada em dados concretos, o que permite certo controle sobre sua

legalidade. Somente à luz dessa análise voltada para as circunstâncias de cada caso concreto é que é possível impor limites ao arbítrio do juiz e pensar numa interpretação e numa aplicação do instituto compatível com a Constituição.

## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean et al. (Dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Tradução de Patrice Charles Xavier Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Right Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 381-408, jan./dez. 2008.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**. Sua estrutura. Seu conteúdo ideológico. eBookLibris, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DÍAZ, Carlos Alberto Chiara. **Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva**. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário: (1920-1940)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GOMES, Patrick Marian. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do supremo tribunal federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**, 2013. 210f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

LIMA, Camila Eltz de. A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: inconstitucionalidade à luz do garantismo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, a. 3, n. 11, p. 148-161, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 97, p.133-154, jan./mar. 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Márcio. A prisão preventiva brasileira examinada à luz da filosofia política de John Locke: um caso de ilegitimidade do poder estatal. **Biblioteca on-line de Ciências da Comunicação**. 2010. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/pereira-marcio-a-prisao-preventiva-brasileira.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Questões polêmicas de processo penal para concursos jurídicos**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERGOTTINI, Giuseppe De. Ordem pública. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.