

Aurum
EDITORIA

A Problemática do Fundamento da Ordem Pública na Decretação da Prisão Preventiva



VANICE NASCIMENTO DOS SANTOS

Aurum
EDITORA

A Problemática do Fundamento da Ordem Pública na Decretação da Prisão Preventiva



VANICE NASCIMENTO DOS SANTOS

AURUM EDITORA LTDA – 2026

Curitiba – Paraná - Brasil

EDITOR CHEFE

Lucas Gabriel Vieira Ewers

AUTORA DO LIVRO

Vanice Nascimento do Santos

EDIÇÃO DE TEXTO

Stefanie Vitoria Garcia de Bastos

EDIÇÃO DE ARTE

Aurum Editora Ltda

IMAGENS DA CAPA

Freepik, Canva.

BIBLIOTECÁRIA

Bruna Heller

ÁREA DE CONHECIMENTO

Direito

Copyright © Aurum Editora Ltda

Texto Copyright © 2026 Os Autores

Edição Copyright © 2026 Aurum Editora
Ltda



Este trabalho está licenciado sob uma
licença Creative Commons Attribution-
NonCommercial-NoDerivatives
4.0 International License.

A responsabilidade pelo conteúdo, precisão e veracidade dos dados apresentados neste texto é inteiramente do autor, não refletindo necessariamente a posição oficial da Editora. O trabalho pode ser baixado e compartilhado, desde que o crédito seja dado ao autor, mas não é permitida a modificação do conteúdo de qualquer forma ou seu uso para fins comerciais.

A Aurum Editora se compromete a manter a integridade editorial em todas as fases do processo de publicação, prevenindo plágio, dados ou resultados fraudulentos, e assegurando que interesses financeiros não afetem os padrões éticos da publicação. Qualquer suspeita de má conduta científica será verificada com atenção aos princípios éticos e acadêmicos. Todos os manuscritos passaram por uma avaliação duplo-cega, realizada pelos membros do Conselho Editorial, e foram aprovados para publicação com base em critérios de imparcialidade e objetividade acadêmica.

CORPO EDITORIAL

Adicélia Rodrigues Souza - Graduada em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Adriano Rosa da Silva - Mestre em História Social pela Universidade Federal Fluminense.

Alessandro Sathler Leal da Silva - Doutor em Educação pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Alex Lourenço dos Santos - Doutorando em Geografia pela Universidade Federal de Catalão.

Aline Borba Alves - Mestra em Educação pela Universidade Estadual do Maranhão.

Amanda Pereira Moreira - Mestra em Letras pela Universidade Federal de Lavras.

Antonio Ismael Lopes de Sousa - Doutorando em Linguística e Literatura pela Universidade Federal do Norte do Tocantins.

Ayla de Jesus Moura - Mestra em Educação Física pela Universidade Federal do Vale do São Francisco.

Bárbara Silvestre da Silva Pereira - Doutoranda em Enfermagem e Biociências pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Bianca Martins Knap - Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Camila Aparecida da Silva Albach - Doutoranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Carina Mandler Schmidmeier - Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Carlos Adriano Martins - Doutor em Ensino de Ciências e Matemática pela Universidade Cruzeiro do Sul.

Carolline Nunes Lopes - Mestra em Psicologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Cláudio Alberto de Sá Quirino - Mestre profissional em Administração Pública (PROFIAP) pela Universidade Federal do Vale do São Francisco.

Damião Evangelista Rocha - Doutorando em Saúde e Desenvolvimento Humano pela Universidade La Salle - Canoas.

Daniel da Rocha Silva - Mestre em Letras pela Universidade Federal de Sergipe.

Daniel Rodrigues de Lima - Mestre em História pela Universidade Federal do Amazonas.

Diego Emanuel Veis Bentancourt - Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria.

Diego Pinto de Oliveira - Mestre em Ciências Farmacêuticas pela Universidade Federal de Alfenas.

Elberto Teles Ribeiro - Mestrando em Geografia pela Universidade Federal da Grande Dourados.



Equiton Lorengian Grégio - Mestre em Ciência e Tecnologia Ambiental pela Universidade Federal da Fronteira Sul.

Evaldo Batista Mariano Júnior - Doutorando em Educação pela Universidade de Uberaba.

Fábio Henrique de Souza Lacerda - Mestre em Educação pela Universidade do Estado de Mato Grosso.

Fabio José Antonio da Silva - Doutor em Educação Física pela Universidade Estadual de Londrina.

Fabricio do Nascimento Moreira - Doutorando em Administração pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Felipe Antônio da Silva - Graduado em Direito pelo Centro Universitário Unihorizontes.

Flávia Maria Silva Brito - Doutora em Recursos Florestais pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz.

Flávio Roberto Chaddad - Mestre em Educação Escolar pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

Francisco Samuel Laurindo de Lima - Graduado em Licenciatura em Pedagogia pela Universidade Estadual do Ceará.

Francisco Welton Machado - Editor Independente - Graduado em Geografia pela Universidade Estadual do Piauí.

Gabriella de Moraes - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Gleyson Martins Magalhães Reymão - Mestre Profissional em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação pelo Instituto Federal do Pará.

Glicerinaldo de Sousa Gomes - Doutorando em Educação pela Universidade Federal da Paraíba.

Gustavo Boni Minetto - Mestrando em Educação, Linguagens e Tecnologia pela Universidade Estadual de Goiás.

Gutemberg Rapôso da Silva Ferreira - Doutorando em Linguística e Literatura pela Universidade Federal do Tocantins campus de Porto Nacional.

João Vitor Silva Almeida - Graduado em Gestão de Cooperativas pela Universidade Federal do Tocantins.

Joelson Lopes da Paixão - Doutorando em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Santa Maria.

Joice Marisa Görgen Junqueira - Mestra em Educação pela Universidade La Salle - Canoas.

José Bruno Martins Leão - Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino.

José Carlos dos Santos Silva - Mestrando em Educação Física pela Universidade Federal do Vale do São Francisco.



José Cláudio da Silva Júnior - Mestrando em Ciências da Saúde pela Universidade de Pernambuco.

José Henrique Rodrigues Machado - Doutor em Ciências Sociais - Programa de Performances Culturais, pela Universidade Federal de Goiás.

José Leonardo Diniz de Melo Santos - Mestre em Educação, Culturas e Identidades pela Universidade Federal Rural de Pernambuco.

José Marciel Araújo Porcino - Graduado em Pedagogia pela Universidade Federal da Paraíba, UFPB, Brasil.

José Neto de Oliveira Felipe - Doutorando em Ensino de Ciências e Matemática pela Universidade de Passo Fundo.

José Ronaldo de Freitas Machado - Mestre em Educação pela Universidade de Uberaba.

Jungley de Oliveira Torres Neto - Doutor em Ciência da Religião pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Karyne Oliveira Coelho - Doutora em Ciência Animal pela Universidade Federal de Goiás.

Layse da Silva Vieira - Mestranda em Vigilância em Saúde pela Universidade Iguazu.

Lidiana da Cruz Pereira - Doutora em Educação pela Universidade do Vale do Itajaí.

Lidiane Álvares Mendes - Doutoranda em Estudos de Cultura Contemporânea pela Universidade Federal de Mato Grosso.

Luan Brenner da Costa - Editor Independente - Graduado em Enfermagem pela Fundação Herminio Ometto.

Lucas Matheus Araujo Bicalho - Mestrando em Historia pela Universidade Estadual de Montes Claros, UNIMONTES, Brasil.

Lucia Helena Santana Ferreira - Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Luciano Victor da Silva Santos - Mestrando em Hotelaria e Turismo pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil.

Luzia Eleonora Rohr Balaj - Doutoranda em Música pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Magno Fernando Almeida Nazaré - Mestre em Educação Profissional e Tecnológica pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão.

Maiara Martins Doná - Mestra em Educação pela Universidade de Sorocaba.

Maickon Willian de Freitas - Mestre em Ciências Biológicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.



Maikon Luiz Mirkoski - Mestre Profissional em Matemática em Rede Nacional pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Mailson Moreira dos Santos Gama - Doutorando em História pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Marcelo Bustamante Chilingue - Doutorando em Informática na Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Marcelo Carvalho da Conceição - Doutor em Biologia Estrutural e Funcional pela Universidade Federal de São Paulo.

Marcos Scarpioni - Doutorando em Ciência da Religião pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Maria da Luz Olegário - Doutora em Educação pela Universidade Federal da Paraíba.

Maria Nazaré Lopes Baracho - Doutoranda em Odontologia pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri - Campus JK.

Marilha da Silva Bastos - Mestranda em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará.

Marinely Aparecida Clemente - Mestra em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Mario Marcos Lopes - Doutorando em Educação pela Universidade Federal de São Carlos.

Marlon Messias Santana Cruz - Doutor em Memória: Linguagem e Sociedade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.

Michael Douglas Alves dos Santos - Mestrando em Educação, Cultura e Territórios Semiáridos pela Universidade do Estado da Bahia.

Mirna Liz da Cruz - Editora Independente - Graduada em Odontologia pela Universidade Federal de Goiás.

Natan Gomes dos Santos - Graduado em Biomedicina pela Faculdade Madre Thais.

Newton Ataíde Meira - Mestrando em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros.

Plinio da Silva Andrade - Mestrando em Ciências da Educação pela Universidade Leonardo Da Vinci.

Rafael José Kraisch - Doutorando em Neurociências pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Romário Silva Ribeiro - Doutorando em Educação pela Christian Business School.

Ryan Dutra Rodrigues - Editor Independente - Graduado em Psicologia pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

Samuel Francisco Rabelo - Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes.

Sebastião Lacerda de Lima Filho - Doutorando em Medicina Translacional pela Universidade Federal do Ceará.



Silvana Maria Aparecida Viana Santos - Mestra em Tecnologias Emergentes em Educação pela MUST University.

Silvio de Almeida Junior - Doutor em Promoção de Saúde pela Universidade de Franca.

Stefany Reis Marquioli - Mestra em História Social pela Universidade Estadual de Montes Claros.

Suely Maria da Silva - Mestra em Gestão Pública Para o Desenvolvimento do Nordeste pela Universidade Federal de Pernambuco.

Swelen Freitas Gabarron Peralta - Doutoranda em Educação pela Universidade Tuiuti do Paraná.

Talita Benedcta Santos Künast - Doutoranda em Biodiversidade e Biotecnologia pela Universidade Federal de Mato Grosso.

Tályta Carine da Silva Saraiva - Mestra em Agronomia pela Universidade Federal do Piauí.

Thiago Silva Prado - Doutor em Educação pela Universidade Estadual de Maringá.

Vinicius Valim Pereira - Doutor em Zootecnia pela Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil.

Wilson Moura - Doutor em Psicologia pela Christian Business School.

Yohans de Oliveira Esteves - Doutor em Psicologia pela Universidade Salgado de Oliveira.

Zaqueu Henrique de Souza - Doutor em Geografia pela Universidade Federal de Jataí.



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S237p Santos, Vanice Nascimento dos.

A Problemática do Fundamento da Ordem Pública na Decretação da Prisão Preventiva [recurso eletrônico] / Vanice Nascimento dos Santos. – Curitiba, PR: Aurum Editora, 2026.

Dados eletrônicos (1 PDF).

ISBN 978-65-6223-039-0

1. Direito penal. 2. Ciências jurídicas. I. Título.

CDU 343

Catalogação na fonte: Bruna Heller (CRB10/2348)

Índices para catálogo sistemático:

1 Direito penal 343

DOI: 10.63330/livroautoral812026-

Aurum Editora Ltda

CNPJ: 589029480001-12

contato@aurumeditora.com

(41) 98792-9544

Curitiba - Paraná



AUTORA

Vanice Nascimento do Santos

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará/UFC, com Especialização em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade Unyleya.

Também é autora do capítulo “Caso Nogueira de Carvalho e outros VS. Brasil – 2006” que compõe o livro Corte Interamericana de Direitos Humanos: resumo das sentenças, 2013, Ed. CRV.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4446381587644938>

E-mail: vaniceche@gmail.com



PREFÁCIO

Amparando-se na garantia da liberdade como um direito fundamental e levando-se em consideração que esses direitos não são absolutos, é imprescindível entender as situações que permitem a restrição desse direito. Deve ser oferecida à sociedade a publicidade das circunstâncias autorizadoras da restrição do seu direito fundamental à liberdade, e, assim, ter conhecimento de quando e por qual motivo esse direito será restringido. Nesse sentido, vê-se como essencial à sociedade entender o que seja o fundamento da ordem pública na decretação da prisão preventiva.

A preventiva com o fundamento na ordem pública, mesmo entendida como garantidora do processo penal, merece ser mais bem detalhada. Uma restrição da liberdade individual, mesmo cautelarmente, precisa ser justificada e amparada no princípio da legalidade. Como bem diz Pacelli o alargamento das fronteiras incriminadoras do Direito Penal, a partir da opinião pública, pode ter como consequência a restrição desmedida das garantias individuais processuais.

A justificativa da preventiva como garantidora da ordem pública deve ser analisada à luz da proporcionalidade e adequação da prisão a cada caso concreto. Nesse viés, resta comprovada a importância de um estudo mais pormenorizado sobre o tema, o que é feito nessa obra.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
1 EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	12
1.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	12
1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941.....	14
1.3 A LEI Nº 12.403/11 E A PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	18
2 ESCORÇO ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA E DO FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA.....	22
2.1 HISTÓRICO, CONCEITO E HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE.....	22
2.2 PRESSUPOSTOS.....	27
2.3 PRINCÍPIOS.....	30
2.4 CARACTERÍSTICAS.....	34
2.5 O FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA	35
3 A PROBLEMÁTICA DO FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	38
3.1 OS VÁRIOS SENTIDOS DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS: ATIVISMO JUDICIAL?.....	38
3.2 HÁ INCOMPATIBILIDADE ENTRE O FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA E O CLAMOR SOCIAL?.....	42
3.3 A ORDEM PÚBLICA NO DIREITO COMPARADO.....	46
3.4 A COMPLEXIDADE DO FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA E O USO DA PROPORCIONALIDADE PARA MELHOR UTILIZAÇÃO DESSE FUNDAMENTO.....	47
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	52



APRESENTAÇÃO

O presente trabalho é resultado de toda a reflexão e leitura acerca do tema prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Depois das primeiras leituras sobre o assunto, viu-se a possibilidade de explorar uma discussão mais aprofundada sobre o tema.

A afinidade com o Direito Penal e com o Processo Penal fez com que ficasse ainda mais interessante desenvolver essa pesquisa. De fato, estagiar nessa área e ter bastante interesse por essa seara jurídica tão intrigante, capaz de restringir um dos maiores bens do ser humano, a liberdade, nos motivou a persistir na pesquisa sobre o tema.

De fato, o presente tema não envolve somente a seara criminal. Esse texto pretende fazer com que o instituto da prisão preventiva como garantidora da ordem pública possa tomar como alicerce as bases constitucionais da Carta de 1988, após a vigência da Lei nº 12.403/11. É necessário entender que a realidade do CPP hoje não é a mesma autoritária do ano de 1941. Atualmente, vive-se um Estado Democrático de Direito, no qual as liberdades individuais são direitos fundamentais a todos, cláusulas pétreas, na melhor expressão do termo.

Os capítulos estão dispostos da seguinte forma: no primeiro capítulo, buscou-se descrever a evolução do sistema processual penal brasileiro. Diferente de outros trabalhos, escolheu-se fazer um breve relato da realidade brasileira, mencionando as bases autoritárias do CPP em 1941, passando pela CF/88 e, por fim, entendendo o que representou a Lei nº 12.403/11 para as novas balizas do processo penal.

O segundo capítulo traz uma síntese de todo o entendimento que envolve a prisão preventiva e o fundamento da ordem pública: histórico, conceito, hipóteses de admissibilidade, pressupostos, princípios e características.

O último capítulo aborda o tema central desse livro: a problemática do fundamento da ordem pública na decretação da prisão preventiva. Nele, são expostos os principais entendimentos elaborados pelos Tribunais Superiores ao longo dos anos (Ativismo judicial?), se existe congruência entre o fundamento da ordem pública e o clamor social, as observações de como as legislações estrangeiras encaram a garantia da ordem pública e, sem esquecer a complexidade que cerca o assunto e as peculiaridades do caso concreto, discorrer sobre a ferramenta da proporcionalidade, trazida pela Lei nº 12.403/11, no que concerne assegurar a função de, verdadeiramente, acautelar o processo.



1 EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Antes de iniciar precisamente a temática a ser discutida nesse trabalho, qual seja a problemática do fundamento da ordem pública na decretação da prisão preventiva, entende-se como essencial o delineamento do que representou os novos ditames constitucionais de atenção aos direitos, deveres e garantias, individuais e coletivos, trazidos com maior destaque pela Carta Política de 1988, perante um processo penal, inicialmente, autoritário e contrário às mínimas condições de respeito à liberdade e à inocência do indivíduo.

Nesse esteio, é extremamente necessário entender o panorama processual penal antes e depois da Constituição de 1988.

1.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Qualquer consideração inicial acerca do processo penal brasileiro deve partir da premissa de que o atual Código de Processo Penal foi editado durante o Estado Novo. No ano de 1941, vivia-se um governo com intensa centralização de poderes nas mãos de seu condutor, Getúlio Vargas. A Constituição vigente à época era a de 1937, nitidamente autoritária, trazia em seu bojo as ideias de concentração política, com o fortalecimento do poder do presidente; de extinção do legislativo, cujas funções passariam a ser exercidas pelo executivo; subordinação do judiciário ao executivo.

Segundo o autor Uadi Lammêgo Bulos, esses são alguns pontos nucleares da Carta Política de 1937:

considerou o Presidente da República “autoridade suprema do Estado”, com absoluta imunidade penal, durante o exercício de suas funções (...);
conferiu ao Presidente da República o poder de influenciar diretamente as decisões do Judiciário, o que ocorreu em razão do poder discricionário que lhe foi atribuído para submeter ao Parlamento Nacional qualquer lei declarada inconstitucional pelo Judiciário;
reduziu os direitos e garantias individuais, empreendendo a desconstitucionalização do mandado de segurança e da ação popular.¹

A Constituição de 1937 não era chamada de “Constituição Polaca” à toa. Esse termo refletia a sua inspiração: a Constituição polonesa de 1935. Assim, trazia evidente inspiração no modelo fascista italiano e guardava expressamente as características dos regimes totalitários que, naquele momento, dominavam o resto do mundo, particularidades essas que influenciaram o CPP recém-editado, conforme está salientado na sua Exposição de Motivos:

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 485.

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da **ação repressiva do Estado contra os que delinqüem**. 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 indireto estímulo à expansão da criminalidade. **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.** (...) No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. (...) É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.² (grifo nosso)

Na citação supratranscrita, percebe-se o viés repressivo do sistema processual penal brasileiro. Nele, punir é sua função essencial. Mesmo desrespeitando direito individuais, o que interessava era o bem estar da sociedade e, por esse motivo, deve-se conceituar tal sistema como inquisitório.

Classificar como inquisitório significa entender que, naquela época, presumia-se o indivíduo culpado quando cometia qualquer ilícito penal. Imperava a presunção de culpabilidade. O réu não era um sujeito de direitos. Na verdade, o réu era objeto de um ordenamento processual penal autoritário. São marcas desse sistema: a produção de provas por meio de confissões forçadas, inclusive, com o emprego da tortura; o ônus da prova era do acusado; o juiz inquisidor, que acumulava as funções de acusar e de julgar, manifestava-se da forma que melhor lhe convinha, sem a necessidade de motivação.

Como se percebe, o sistema inquisitivo traz a mitigação dos direitos e das garantias individuais, com o escopo de proteger o interesse da coletividade de ver aquele acusado responder por seus atos. As conotações autoritárias trazidas pelo CPP de 1941 justificavam a pretensão de punir do Estado com respaldo no desrespeito de garantias fundamentais.

Acerca do sistema inquisitório, asseveram os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo.³

Assim, é plenamente compreensível entender como basilar ao CPP de 1941 o princípio da culpabilidade. Ratifica esse entendimento o seguinte comentário do autor Luiz Flávio Gomes:

² BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689/1941. Exposição de Motivos, nº II.

³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 42.

No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória (CPP, art. 310, na sua redação original). O antigo CPP previa a prisão como decorrência da sentença condenatória assim como da pronúncia. Eram prisões praticamente automáticas, porque se partia da presunção de culpabilidade do agente, mesmo antes de uma sentença condenatória definitiva. A violação ao princípio da presunção de inocência era mais do que evidente.⁴

Ocorre que, com a chegada da Carta Magna de 1988, viver no Estado Democrático de Direito brasileiro requeria o respeito aos direitos e às garantias individuais e, assim, a mudança do ordenamento processual penal para o sistema acusatório não ortodoxo.

1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

O sistema acusatório tradicional apresenta uma separação rígida entre as funções de julgar, de defender e de acusar. Nele, o juiz de forma alguma pode requerer a produção de provas de ofício, sendo apenas as partes encarregadas desse papel, ficando ao julgador a exclusiva atividade de examinar aquilo que lhe será apresentado em juízo. Com o escopo de preservar a imparcialidade, o magistrado delega a produção de provas às partes.

Ocorre que a Carta Magna de 1988 trouxe à tona um modelo de sistema acusatório não tão rígido. Hoje, com a imprescindível necessidade de respeito aos direitos e às garantias individuais, vive-se um sistema acusatório não ortodoxo, pois o juiz não é uma figura tão inerte assim na relação processual. O magistrado, levando em consideração à ampla defesa, o contraditório, a publicidade, o devido processo legal, o livre convencimento motivado, entre outros direitos e deveres constitucionalmente descritos, pode requer a produção de ofício de provas. São precisas as palavras dos autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

É de se ressaltar, contudo, que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder *habeas corpus* de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares. É essa também a linha expressamente afirmada pela relatoria da Comissão do Projeto de Código de Processo Penal, sugerindo uma leitura não radical do princípio acusatório.⁵

De fato, o destaque dado pela Constituição Federal de 1988 aos direitos e garantias individuais acarretou mudanças drásticas na ciência jurídica. Não que as Cartas Políticas anteriores não tenham trazido

⁴ BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23-24.

⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 43.

em seu bojo menção a esses direitos e garantias, mas papel de destaque e aplicação imediata⁶ apenas a Constituição Cidadã ofereceu-lhes.

Atualmente, essa ideia garantista dá respaldo ao surgimento de um neoconstitucionalismo, ou seja, o respeito aos direitos fundamentais faz da Constituição não apenas uma carta de intenções políticas, e sim um conjunto de mandamentos dotado de caráter jurídico imperativo. E, como consequência, nasce também a necessidade de um neoprocessualismo, que, de uma forma sucinta, pode ser entendido como o conjunto de teorias, práticas e técnicas capazes de tornar mais efetiva, rápida e adequada a prestação jurisdicional.

Na verdade, esse neoprocessualismo foi imposto pela constitucionalização das garantias processuais fundamentais e propõe a instrumentalidade do processo, sempre na perspectiva da efetivação dos direitos fundamentais. Significa a construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito processual, tudo isso ao encontro do respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, o que representa o cerne da teoria garantista.⁷

É importante ressaltar que essa teoria garantista não representa apenas o respeito aos direitos fundamentais individuais. É mais ampla porque engloba as garantias processuais, os deveres fundamentais, os direitos sociais e coletivos. O defensor desse entendimento garantista, o juspositivista italiano Luigi Ferrajoli assim assevera:

(...) as garantias consistem em mecanismos que, porquanto a sua vez normativos, são direcionadas a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos. Entende-se que, nesse sentido, o “garantismo” não tem nada a ver com o mero legalismo, ou formalismo ou processualismo. Aquele consiste sim na satisfação dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles “artifícios” – como os chamou *Hobbes* – que são o direito e o Estado, e cujo gozo por todos forma a base substancial da democracia.⁸

Nos dizeres do autor Douglas Fischer:

⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 5º, § 1º.

⁷ Garantismo é o nome dado ao conjunto de teorias a respeito do direito penal e processo penal, de inspiração juspositivista concebida pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, cuja obra maior sobre o assunto é “Direito e Razão”, que defende a ideia de um sistema geral do garantismo jurídico ou, se quiser, como a construção das colunas mestras do Estado de Direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder. (VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 26.)

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 21 e 22.

Concordamos plenamente que, *como uma primeira aproximação*, a teoria garantista – cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli – tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais *individuais* (denominados *direitos de primeira geração*) estabelecidos precipuamente na Constituição da República. Todavia, “*garantismo penal*” – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli – não é um marco teórico calcado *exclusivamente* na premissa sintetizada acima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos *direitos* fundamentais *individuais*, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos *coletivos e sociais*), também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que *não* podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão *sistêmica e integral* dos comandos da Carta Magna.⁹

E complementa:

Compreendemos que a tese central do *garantismo* está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (*individuais e também coletivos*), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição.¹⁰

No que tange à seara penal, a Constituição Federal de 1988 elenca uma série de direitos do preso¹¹, fato esse que comprova a proximidade entre o diploma constitucional e o sistema processual penal. Ideais autoritários e capazes de restringir a liberdade do cidadão apenas com a justificativa opressora da pacificação social não são bem vistos aos olhares da nova face do processo e do direito penal. Nesse esteio, é nítido que o contemporâneo processo penal está assentado na instrumentalidade e no garantismo.

Também é fácil perceber que hoje o direito penal procura a realização da justiça corretiva e a aplicação justa da pena, tendo como instrumento a medida do respeito aos direitos, deveres e liberdades individuais e coletivos, protegendo, dessa maneira, os acusados dos atos abusivos da tutela estatal em pleno exercício de seu *jus puniendi*.

Assim, percebe-se que o Código Processual Penal brasileiro, embora tenha sido elaborado em 1941 e inspirado marcadamente em princípios inquisitivos, atualmente e à luz da Carta Magna de 1988, deve se adequar ao modelo constitucional acusatório não ortodoxo, constatação essa obtida pelo uso de uma interpretação conforme à Constituição.¹² A esse respeito, precisas são as palavras do autor Douglas Fischer:

⁹ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 26-27.

¹⁰ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPODIVM, 2010. p.31.

¹¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 5º, incisos LXI a LXVI.

¹² Podemos observar, pois, que o *princípio da conformidade constitucional* funciona como paradigma de controle, usado para evitar interpretações inconstitucionais, que desrespeitem, implícita ou explicitamente, a forma e a substância das constituições. Seu escopo maior, portanto, é combater o cancro da *interpretação inconstitucional de preceitos constitucionais*. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 452.)

Para nós, significa que a compreensão e a defesa do ordenamento penal e processual penal também reclamam uma interpretação *sistemática* dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 (o *novo marco teórico* que referimos inicialmente), há também *novos paradigmas* influentes em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos *integrais* do sistema garantista.¹³

E é nesse sentido que se tornaram plausíveis as várias transformações na legislação processual penal desde 1941 até os dias atuais. Não só a Constituição Federal de 1988, como também os tratados internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo governo brasileiro¹⁴ influenciaram nas novas conotações encartadas no já ultrapassado CPP de 1941.

Considerar o Brasil um Estado Democrático de Direito¹⁵ é entender o seu compromisso ético de defesa dos direitos e deveres fundamentais, individuais e coletivos, utilizando, para tanto, os instrumentos processuais de proteção, ou seja, os remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, entre outros), garantias de que será respeitada a dignidade da pessoa humana.¹⁶

Corroborar com esse pensamento o autor Renato Brasileiro de Lima:

À medida que diversos dispositivos da redação original do Código de Processo Penal se tornaram incompatíveis com a nova realidade instituída pela Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil, era necessário, então, adaptar o sistema processual penal à nova ordem constitucional e convencional. Afinal, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não pode ter como finalidade única a aplicação do direito penal objetivo, devendo também servir como garantia do cidadão contra o arbítrio. Era premente, pois, que o processo penal deixasse de ser apenas um instrumento do Estado para a concretização do *jus puniendi* e passasse a funcionar também como um espaço de participação democrática no exercício do direito penal.¹⁷

¹³ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 33-34.

¹⁴ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 5º, § § 2º, 3º e 4º)

¹⁵ Como princípio fundamental, a voz *Estado Democrático de Direito* veicula a ideia de que o Brasil não é um *Estado de Polícia*, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais. Em suma, A República Federativa do Brasil é um *Estado Democrático de Direito*, porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 499-500)

¹⁶ A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 502)

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1124.

Por isso, vários textos normativos foram elaborados com o escopo de aperfeiçoar e racionalizar a prestação jurisdicional no âmbito processual penal. Em síntese, elenca o autor Renato Brasileiro de Lima:

Essas mudanças começaram com a entrada em vigor da Lei nº 10.258/2001, originária do PL nº 4.210/2001, que modificou o art. 295 do CPP, passando a prever grosso modo que, não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este deverá ser recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento, além de outras alterações. Depois, entrou em vigor a Lei nº 10.792/2003, fruto do PL nº 4.204/2001, que produziu importantes modificações quanto ao interrogatório do acusado. Alguns anos depois, com a entrada em vigor das Leis nºs 11.689/2008 (PL nº 4.203/2001), 11.690/08 (PL nº 4.205/2001) e 11.719/2008 (PL nº 4.207/2001), importantes alterações foram produzidas no âmbito do júri, no título pertinente às provas e no procedimento comum, respectivamente.¹⁸

Destaca-se o PL nº 4.208/2001, que, posteriormente, originou a Lei nº 12.403/2011, com vigência na data de 04 de julho de 2011. Esse diploma legal inovou o sistema processual penal de forma que o respeito à liberdade fosse algo inerente à atividade jurisdicional e, somente possível a violação de tal direito fundamental, em situações extremamente necessárias e quando não couber medida cautelar diversa da prisão.

Sabidamente, expõe o autor Eugênio Pacelli de Oliveira que:

As modificações do sistema geral de prisões no Brasil, iniciadas já desde a Constituição da República e passando pela Lei 11.689/08 e Lei 11.719/08, chegando então ao ápice com a Lei 12.403/11, que, atendendo a uma grande demanda de vários setores da sociedade civil – malgrado os discursos emocionalmente punitivos! – cria uma série de alternativas ao cárcere, instrumentalizando o juiz com inúmeras medidas cautelares diversas da prisão.¹⁹

E segue nesse pensamento no sentido de afirmar que:

A Lei 12.403/11, nesse contexto, reforça tudo aquilo que vem de afirmar, prevendo medidas cautelares alternativas, tanto à prisão quanto à fiança, oferecendo às partes e ao magistrado um leque mais amplo de opções na tutela da efetividade do processo.²⁰

1.3 A LEI Nº 12.403/11 E A PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

De fato, a Lei 12.403/11 é prova inequívoca de que o legislador procura hoje adequar um sistema processual penal originariamente autoritário a uma realidade de inviolabilidade dos direitos, deveres e garantias fundamentais, individuais e coletivas. Bem assevera o autor Renato Brasileiro de Lima:

¹⁸ *Ibid.*, p. 1124-1125.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 570.

²⁰ *Ibid.*, p. 588.

Sem dúvida alguma, a principal novidade trazida pela Lei nº 12.403/2011 fica por conta da criação de medidas cautelares de natureza pessoal distintas da prisão, refletindo tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990. Essa declaração refletiu a percepção de que as medidas cautelares, notadamente as de natureza pessoal, por privarem o acusado de um de seus bens mais preciosos – a liberdade –, quando ainda não há decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal, devem possuir um caráter de *ultima ratio*, sendo utilizadas tão somente quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porém de igual eficácia.²¹

A principiologia trazida pela Lei nº 12.403/11 tem o escopo de reduzir o quantitativo de presos provisórios no Brasil – que conta com aproximadamente 221 mil presos cautelares²² –, numa tentativa de desfalecer a *cultura da prisão* para fazer vigorar e fortalecer a priorização da liberdade durante o processo.

Também o novo diploma legal objetiva pôr fim ao que a doutrina chama de *bipolaridade cautelar do sistema brasileiro*, ou seja, ou o acusado respondia ao processo com total restrição do exercício de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou era beneficiado com o direito à liberdade provisória com ou sem fiança.

De forma sucinta, o autor Andrey Borges de Mendonça sistematiza as modificações produzidas pela Lei nº 12.403/11:

As grandes vigas trazidas pela nova legislação, em síntese, são: **a)** o tratamento sistemático do tema da prisão e das demais medidas cautelares pessoais; **b)** o estabelecimento do caráter subsidiário da prisão cautelar, aplicável apenas quando as demais medidas alternativas não forem adequadas ou suficientes; **c)** a vedação, como regra geral, da decretação da prisão preventiva em caso de crimes com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, relegando a prisão para crimes graves; **d)** criação de diversas medidas alternativas à prisão, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente; **e)** a indicação clara de que toda e qualquer medida cautelar, da mais tênue a mais grave, deve perseguir uma finalidade cautelar, representada pela necessidade de sua aplicação para evitar fuga, para garantia das investigações ou da instrução ou, ainda, para evitar a prática de novas infrações penais; **f)** a adoção do princípio da proporcionalidade como vetor interpretativo e verdadeiro guia na adoção de toda e qualquer medida cautelar pessoal, refletindo em suas vertentes negativa – com seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) – e positiva, que veda a proteção deficiente; **g)** a necessidade de observância do contraditório nas medidas cautelares, em geral anterior à decretação da medida; **h)** a nova formatação da liberdade provisória, que claramente assume caráter cautelar e passa a ser imposta não apenas como contracautela (como se entendia anteriormente), mas, também, como cautela originária, para evitar a decretação da prisão; **i)** a revitalização do instituto da fiança, ampliando as hipóteses de afiançabilidade, permitindo que o Delegado conceda imediata liberdade para crimes afiançáveis com pena de até quatro anos e, ainda, ampliando consideravelmente os valores passíveis de serem fixados; e **j)** o estabelecimento do caráter precário e temporário da prisão em flagrante, que passa a ter prazo certo e limitado no tempo, após o qual deve ser relaxada, convertida em outra prisão cautelar ou ser concedida a liberdade.²³ (grifo nosso)

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1126.

²² Fonte: dados extraídos do DEPEN (Departamento Penitenciário Brasileiro – Ministério da Justiça) e atualizados até 28/12/2010 pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27)

²³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisões e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011. p. 10.

Entretanto, no que tange a hipótese de decretação da prisão preventiva *garantia da ordem pública* não houve qualquer avanço no que concerne definir melhor o conceito desse fundamento justificador do cárcere preventivo. A Lei nº 12.403/11 não optou por delimitar um conceito tão carregado de abstratividade como é o caso da *garantia da ordem pública*. De acordo com Pacelli:

A se lamentar – e muito – que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas novidades em matéria de prisão e de medidas cautelares, tenha se mantido a expressão *garantia da ordem pública* (...) ²⁴

Discutindo acerca da problemática do fundamento da *garantia da ordem pública*, persiste Pacelli:

É tempo, então, de examinarmos da prisão preventiva para a *garantia da ordem pública*, tema dos mais controvertidos nos tribunais e mesmo na doutrina. Porque razão a nova Lei 12.403/11, em pleno século XXI, resolveu insistir em manter a esdrúxula expressão?

Percebe-se, de imediato, que a prisão para *garantia da ordem pública* não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

A expressão *garantia da ordem pública*, todavia, é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem. ²⁵

Na verdade, na época de elaboração da Lei nº 12.403/11, uma tentativa de dar contornos mais precisos ao que seja *garantia da ordem pública* foi oferecida. Nesse passo, relata o autor Renato Brasileiro:

A expressão “*garantia da ordem pública*” é extremamente vaga e indeterminada, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado. Por esse motivo, por ocasião da elaboração do Projeto de Lei nº 4.208/2001, que deu origem à Lei nº 12.403/2011, foi proposta pela Comissão uma nova redação ao art. 312, *caput*, do CPP, nos seguintes termos: “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 probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.*” ²⁶

A pretensa delimitação do que seria a hipótese de decretação *garantia da ordem pública* no cárcere cautelar representaria a definição da natureza dessa prisão, pois explicaria sua fundamentação em estrita vinculação à tutela da efetividade do processo, e não seu significado ligado a termos abstratos como: clamor social, repercussão do crime na mídia. De fato, essa definição permitiria a declaração da prisão preventiva diante da possibilidade de reiteração delituosa em crimes de peculiar gravidade. Entretanto, tal solução não logrou êxito, pois, conforme Renato Brasileiro:

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 548.

²⁵ *Ibid.*, p. 549.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1319.

Não obstante o teor da proposta, **o Congresso Nacional optou por não alterar a redação do art. 312, caput, do CPP, mantendo a possibilidade de decretação da preventiva com base na garantia da ordem pública** e da ordem econômica. Destarte, diante da manutenção da possibilidade de decretação da prisão preventiva com base nessas hipóteses, **urge delimitar seu significado.**²⁷ (grifo nosso)

E foi o desafio de entender a dimensão da expressão *ordem pública* como justificadora do cárcere preventivo que serviu de mote para o início desse trabalho.

²⁷ *Ibid.*, p. 1319.

2 ESCORÇO ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA E DO FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA

Esse capítulo pretende que seja feito, de forma sucinta, um estudo do que significa a prisão preventiva, em quais situações é permitida, normas que propiciaram sua evolução no sistema processual penal brasileiro, seus pressupostos, princípios que lhe são aplicáveis, suas características que a tornam medida cautelar e, por fim, com maior destaque, o mote do presente trabalho: o fundamento da ordem pública.

2.1 HISTÓRICO, CONCEITO E HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

Antes mesmo da Constituição de 1824, outorgada e marcada por forte centralismo administrativo e político, unitarismo e absolutismo, haja vista a figura do Poder Moderador²⁸, o Decreto de 23 de maio de 1821, elaborado pelo Príncipe Regente Dom Pedro I, já mencionava certo cuidado a respeito dos abusos que poderiam ocorrer ao serem decretadas prisões provisórias.²⁹

Em sua redação original, o Código de Processo Penal de 1941 previa:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.³⁰

Como se percebe, havia dois tipos de prisão preventiva: a facultativa (art. 311) e a obrigatória (art.312).

Com a extinção da prisão preventiva obrigatória pela Lei nº 5.349/67, os mencionados artigos tomaram a seguinte forma:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.³¹

²⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

²⁹ (...) E sendo do Meu primeiro dever, e desempenho de Minha palavra o promover o mais austero respeito à Lei, e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição liberal: Hei por bem excitar, por a maneira mais eficaz e rigorosa, a observância da sobre mencionada legislação, ampliando-a, e ordenando, como por este Decreto Ordeno, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente. (Decreto de 23 de maio de 1821)

³⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689/1941.

³¹ Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967.

Bem salienta Tourinho Filho que a prisão preventiva “não é obrigatória porque a lei não impõe ao juiz o dever de decretá-la; não é facultativa porque não fica exclusivamente subordinada, condicionada, à vontade do Magistrado”.³² Dessa forma, a nova redação põe fim a dicotomia cárcere preventivo obrigatório ou facultativo.³³

Com a Lei nº 12.403/11, o sistema processual penal sofreu importantes alterações no que concerne ao cabimento da prisão preventiva. Hoje, existem várias outras medidas cautelares diversas do cárcere preventivo e, assim, só será aplicado esse último quando não for suficiente ou admissível as demais.³⁴

Mas, o que vem a ser prisão preventiva?

A prisão é medida de constrição à liberdade física do indivíduo. No ordenamento processual penal brasileiro, há a possibilidade da prisão cautelar, provisória ou processual, que nada mais é do que uma excepcionalidade, haja vista o preceito constitucional de que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva.³⁵ E, segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indivíduo ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado.³⁶

Nesse amparo, entende-se que prisão preventiva é prisão de natureza cautelar, instrumento de cárcere durante o inquérito e a fase processual e mesmo antes do trânsito em julgado da sentença é admitida, bastando ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente³⁷, sendo essencial a presença de lastro probatório mínimo, os eventuais sujeitos ativos das condutas delitivas e o motivo legal que seja capaz de fundamentar a necessidade do encarceramento. É medida de exceção, pois o uso da preventiva deve estar compatibilizado com a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF/88).

Autor que sintetiza de forma genuína o conceito de prisão preventiva é Renato Brasileiro de Lima

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v. p. 520.

³³ O autor Romeu Pires de Campos Barros, crítico ferrenho da prisão preventiva obrigatória, lamenta que essa draconiana forma de medida cautelar, sem embargo da volta à normalidade democrática por obra da edição da Constituição de 1946, somente foi revogada após decorridos 26 anos de sua vigência. (BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 178)

³⁴ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...) § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 5º, LVII)

³⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 515.

³⁷ (...)LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 5º, LXI)

e o faz nos seguintes termos:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).³⁸

A Lei nº 12.403/11 trouxe novidade ao sistema prisional, ao proibir que o juiz decrete a prisão preventiva de ofício, durante a investigação criminal. Antes da referida Lei, havia a possibilidade de o magistrado agir de ofício em qualquer instante da persecução criminal. Hoje, somente pode fazê-lo, durante a fase de investigação, caso haja representação da autoridade policial ou requerimento do órgão ministerial.³⁹

E é no art. 313 do CPP que estão dispostas as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva.

A primeira condição é que a preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos.⁴⁰ Assim, os crimes culposos e as contravenções penais não admitem a preventiva⁴¹. A lei é taxativa ao restringir aos crimes dolosos (com pena de reclusão ou detenção superior a quatro anos), a incidência dessa medida prisional. Na sistemática atual, o que prevalece é a quantidade da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

Assim, caberá a prisão preventiva para os crimes dolosos punidos com pena superior a quatro anos de privação de liberdade. Mais uma vez andou bem o legislador. Devemos ter em mente que nas condenações que não ultrapassem quatro anos será possível (obedecidos os demais requisitos do art. 44 do Código Penal) a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Ora, não faz qualquer sentido decretar-se a prisão preventiva para um crime em que provavelmente, havendo condenação, não se imporá privação da liberdade. Se não haverá segregação com a condenação, não é razoável que se aguarde o julgamento no cárcere.⁴²

Nesse amparo e sob o prisma de uma interpretação sistemática do processo e do direito penal

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1308.

³⁹ Com esse entendimento: ARAÚJO, Fábio Roque; TÁVORA, Nestor. **Código de processo penal para concursos**: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 435.

⁴⁰ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

⁴¹ Neste sentido, repudiamos qualquer interpretação do dispositivo que enseje a decretação da preventiva, nas hipóteses dos incisos II e III, que digam respeito a crimes culposos ou, mesmo, contravenções penais. Não se pode perder de perspectiva que a prisão preventiva possui natureza cautelar. Sendo certo que aos crimes culposos e às contravenções penais já não se impõem, em regra, penas privativas de liberdade (pois é muito provável a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos do art. 44, CP), a decretação da prisão preventiva consagraria a utilização de uma medida mais gravosa para acautelar a pena definitiva. Para logo se vê que tal artifício feriria de morte o princípio da proporcionalidade. (ARAÚJO, Fábio Roque; TÁVORA, Nestor, *op. cit.*, p. 449.)

⁴² ARAÚJO, Fábio Roque; TÁVORA, Nestor. **Código de processo penal para concursos**: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 449.

brasileiro, entende-se que a inovação trazida pelo art. 313, inciso I, do CPP, demonstra, verdadeiramente, a pertinência com a quantidade de pena fixada como limite para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos⁴³ e com o cumprimento da pena em regime aberto⁴⁴.

Percebe-se a tentativa, cada vez mais evidente, de aproximação entre os ditames constitucionais e o sistema prisional. Usando a proporcionalidade, o legislador buscou, com a citada mudança, que o juiz deixasse de aplicar a pena de um cárcere preventivo a um agente que terá decretada uma pena restritiva de direitos ou o cumprimento em regime aberto ao término do processo.⁴⁵ Também corrobora com esse pensamento o autor Marcellus Polastri, senão vejamos:

A reforma operada pela Lei nº 12.403/2011 dispõe, ainda, que ao crime de reclusão deve ser fixada pena máxima superior a 4 anos e, assim, nem mesmo quando o crime tenha pena igual a 4 anos será admitida a prisão preventiva, até porque, neste caso, dando-se a condenação poderá haver substituição por pena restritiva de direitos devendo o juiz optar por uma das cautelares pessoais substitutivas à prisão prevista nos arts. 317 a 319 ou decretar liberdade provisória com fiança, quando evidentemente, não for caso de liberdade provisória sem fiança.⁴⁶

A segunda hipótese⁴⁷ é que a preventiva seja decretada em caso de reincidência⁴⁸ em crime doloso, ressalvado o que expressa o art. 64, inciso I, do CP.⁴⁹ Bem sintetiza Rogério Sanches Cunha que “(...) é cabível a medida extrema nos casos em que o réu contar com uma condenação anterior capaz de configurar a reincidência na eventualidade de nova condenação.”⁵⁰ Nesse esteio, Guilherme de Souza Nucci enfatiza que “(...) deva ser o réu reincidente em crime doloso, ou seja, condenado primeiramente por delito doloso, torna a ser apenado por outro crime doloso, desde que a anterior condenação não tenha experimentado o

⁴³ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848/1940)

⁴⁴ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848/1940)

⁴⁵ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1339.

⁴⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória** (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 113.

⁴⁷ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

⁴⁸ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848/1940)

⁴⁹ Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848/1940)

⁵⁰ BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 151.

período de caducidade de cinco anos, conforme prevê o art. 64, I, do CP.”⁵¹

Outra condição de admissibilidade é que a prisão preventiva tenha cabimento para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, no âmbito da violência doméstica.⁵² Dessa forma, decretada uma medida protetiva, de feição cautelar e destinada a resguardar a vítima da violência doméstica, o seu descumprimento autoriza a segregação preventiva. Bem assevera Nucci que na referida condição:

Mantém-se a novidade introduzida pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), prevendo a possibilidade de decretação de prisão preventiva para os crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, agora se acrescentando a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou pessoa com deficiência, com a finalidade de assegurar a execução de medidas protetivas de urgência.⁵³

Deve-se frisar que o crime envolvendo violência em desfavor dos integrantes do núcleo doméstico ou familiar só pode ter sido praticado dolosamente. Conforme Renato Brasileiro: “Afim, se se trata de violência de gênero, deve ficar evidenciada a consciência e a vontade do agente de atingir uma das vítimas vulneráveis ali enumeradas, assim como sua intenção dolosa de violar as medidas protetivas de urgência, o que não resta caracterizado nas hipóteses de crimes culposos.”⁵⁴

O caráter instrumental do cárcere preventivo nos termos do art. 313, inciso III, do CPP fica evidente com o escopo de assegurar eficácia à execução das medidas protetivas de urgência.⁵⁵

Por fim, a quarta hipótese de admissibilidade da prisão preventiva diz respeito à dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou o não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento.⁵⁶ Ressaltando-se que essa prisão só perdura enquanto a dúvida não for esclarecida. Com a identificação, ao preso deve ser dada imediatamente a liberdade, salvo se outra hipótese indicar a continuidade da medida. À primeira vista, parece que o cárcere preventivo, na situação em tela, seja algo desproporcional, haja vista a possibilidade da identificação criminal (Lei nº 12.037/09). Ocorre que, como bem explicam os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues, deve-se lembrar sempre que a prisão preventiva é algo excepcional.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68.

⁵² Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: III - 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; (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1343.

⁵⁵ Nesse pensamento: FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 640.

⁵⁶ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

Nesses termos, expõem os autores que:

(...) ora, a ausência de identificação civil idônea, e a insistência na omissão de elementos que possam esclarecê-la, autoriza, com amparo no art. 3º da Lei nº 12.037/09 (que revogou a Lei nº 10.054/2000), a sua identificação criminal, incluindo o processo datiloscópico e fotográfico, não sendo caso, a nosso sentir de prisão.

Está hipótese de decretação, de forma como colocada, **só incidirá em situação excepcional**, tal como se pode imaginar pela recusa do indiciado em se submeter, inclusive, à identificação criminal, gerando risco à garantia da aplicação da lei penal ou a própria instrução. Todavia, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação (civil ou criminal, acrescentamos), salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (...).⁵⁷ (grifo nosso)

2.2 PRESSUPOSTOS

Por ter natureza de medida cautelar, o cárcere preventivo pressupõe a coexistência de 03 premissas: *fumus comissi delicti* (fumaça da prática do delito), *periculum libertatis* (perigo da liberdade)⁵⁸ e ineficiência ou impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão (sendo essa última premissa uma inovação trazida pela Lei nº 12.403/11).

Quanto ao último pressuposto supramencionado, conforme o art. 282, § 6º, do CPP, ele é cabível na situação em que a preventiva deve ser necessariamente decretada, haja vista não ser possível o uso de outra medida cautelar.⁵⁹ Também sua aplicação dá-se quando ocorre a conversão da prisão em flagrante em cárcere preventivo, ao estarem presentes os requisitos trazidos pelo art. 312, do CPP, e forem inadequadas ou insuficientes outras medidas cautelares diversas da prisão.⁶⁰ Bem observou o autor Renato Brasileiro:

Portanto, o magistrado só poderá decretar a prisão preventiva quando não existirem outras medidas menos invasivas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais também seja possível alcançar os mesmos resultados desejados pela prisão cautelar.⁶¹

⁵⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 555.

⁵⁸ No processo civil, o *fumus comissi delicti* é chamado de *fumus boni iuris*. Já o *periculum libertatis* recebe o nome de *periculum in mora*. Não é só a nomenclatura que é diferente. As finalidades que tais pressupostos desempenham em cada seara processual são diversas. (Nesse sentido, LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2 v. p. 49.) No processo civil, esse é o entendimento: Significa dizer que, demonstrando a legitimidade das partes do processo principal, o interesse de agir na tutela a ser buscada no processo principal e a possibilidade jurídica do pedido a ser elaborado no processo principal, o demandante comprovaria a existência de *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* representa a situação de urgência derivada do perigo que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva no caso concreto representa para a efetividade da proteção jurisdicional. Sempre que o demandante comprovar que, não sendo tutelado imediatamente seu direito material, correrá **sério e iminente risco** de perecer, haverá justificativa para a concessão da tutela cautelar sob o aspecto do *periculum in mora*. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Método, 2012. p. 1218.)

⁵⁹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

⁶⁰ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

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; (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1317.

O *fumus comissi delicti* é a justa causa para a decretação do cárcere preventivo, a “fumaça do cometimento de um fato punível”⁶². Não representa uma certeza. Bem diz Aury Lopes Jr. que “fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.”⁶³

Esse requisito toma forma a partir da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria.⁶⁴ Assim, o *fumus comissi delicti* se consolida diante da presença dos indícios de autoria que remontam um diagnóstico prévio indicando o indiciado ou processado como (provável) responsável pelo fato delitivo, como também a prova da materialidade, um lastro probatório sólido de que existiu crime. Nesse passo, é importante o seguinte entendimento:

Não é necessário que essa prova seja indubitável, exaustiva. Para a condenação final faz-se necessário um elevado grau de credibilidade em relação às provas colhidas. Elas devem atingir o nível que se denomina além da dúvida razoável (*Beyond a reasonable doubt*).

Para a decretação das medidas cautelares, no entanto, não se requer tudo isso, mas não se pode cair no outro extremo, ou seja, o juiz tem que ter a cautela de se cientificar (com um certo grau de convicção) de que houve um crime (um fato punível) e de que existem indícios suficientes de autoria.

Ao juiz compete demonstrar esse requisito essencial de todas as medidas cautelares. Impõe que ele evidencie na sua decisão a existência do *fumus comissi delicti*.⁶⁵

Já o *periculum libertatis* é o risco provocado pela permanência da liberdade do sujeito ativo do delito. É o perigo real que a continuação do suspeito solto traz para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal e a segurança social. E é nesse pressuposto do perigo da liberdade do agente que estão consubstanciadas as hipóteses de decretação, os fundamentos da preventiva elencados no art. 312, *caput*, do CPP.⁶⁶

O fundamento da garantia da ordem econômica, trazido pela Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), tem como escopo coibir a reiteração de condutas que afetem a ordem econômica. Já interpretava o autor Roberto Delmanto Jr. que o legislador, ao incluir a referida hipótese de decretação da preventiva, “(...) estava com as vistas voltadas aos crimes que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro (...)”.⁶⁷ Muitos autores entendem que a motivação *defender a ordem pública* traz um conceito redundante, pois, o sentido de

⁶² BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 34.

⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

⁶⁴ 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. (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

⁶⁵ BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.), *op. cit.*, p. 34.

⁶⁶ 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. (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

⁶⁷ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 191.

proteção desse fundamento já estaria na ideia mais ampla que envolve outro fundamento, qual seja: o da garantia da ordem pública.⁶⁸

Outra causa que justifica o cárcere preventivo seria pela conveniência da instrução criminal. Entende-se como cabível quando se pretende preservar a livre produção de provas. Livre porque é inadmissível qualquer atitude do agente tendente a coagir sujeito passivo e testemunhas.⁶⁹ Nesse sentido, o autor Paulo Rangel afirma que:

(...) devemos inicialmente dizer que a instrução criminal não é conveniente, mas, sim, necessária, pois, diante dos **princípios da verdade processual, do contraditório e do devido processo legal**, a instrução criminal é imprescindível para que se possa assegurar ao acusado todos os meios constitucionais de defesa, demonstrando existir um verdadeiro Estado Democrático de Direito. (...) Neste caso, **a custódia cautelar justifica-se com o escopo de se garantir um processo justo**, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, *honestamente e lealmente*, sua convicção.⁷⁰ (grifo nosso)

Assegurar a aplicação da lei penal é outra hipótese de decretação da preventiva. Compreende-se tal fundamento por seu escopo de evitar a fuga do agente na tentativa eximir-se da sua responsabilização criminal. Importante observação fazem os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues no sentido de que “(...) deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga. A mera conjectura, ou a possibilidade em razão da condição econômica do réu, não são, isoladamente, fatores suficientes para arregimentar a prisão.”⁷¹ Salienta-se que o simples não comparecimento do réu a um ato processual, mesmo sem justificativa, não enseja fuga, podendo o juiz valer-se da condução coercitiva.⁷²

O descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares também serve de fundamento para a decretação da prisão preventiva,⁷³ novidade essa incorporado ao

⁶⁸ Com esse entendimento, LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 77;

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória** (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 105-106; e

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 553.

⁶⁹ E a necessidade de proteger vítima, testemunha ou ambas pode ter como exemplo a possibilidade da oitiva do imputado ser realizada por videoconferência, conforme o art. 185, § 2º, III, do CPP. Senão vejamos:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689/1941.)

⁷⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 713.

⁷¹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 552-553.

⁷² Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. (BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689/1941.)

⁷³ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

CPP devido ao caráter subsidiário da preventiva. Comentário bastante pertinente faz o autor Marcellus Polastri:

Entendemos que o verbo “poderá” indica que o juiz não tem o dever ou obrigação de aplicar a prisão preventiva neste caso, podendo optar por impor outra medida substitutiva à prisão mais gravosa, em substituição à anterior, ou “cumular” a medida já imposta com outra medida diversa, sempre atendo-se à proporcionalidade, necessidade e adequação, como demonstram os §§ 5º e 6º do art. 282.⁷⁴

Por fim, a garantia da ordem pública é outra hipótese de decretação do cárcere preventivo. Mas, o que significa *ordem pública*?

Ordem pública é um termo impreciso, carregado de subjetividade. Já dizia o constitucionalista José Afonso da Silva que:

Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia. *Ordem pública* será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes.⁷⁵

A doutrina destaca com veemência que não há um conceito exato do significado da expressão *ordem pública*. A jurisprudência cria vários sentidos do que seja esse fundamento na tentativa de aplicá-lo da forma mais justa ao caso concreto. E foi essa dificuldade de entender o que seja esse fundamento justificador do cárcere preventivo que serviu de inspiração para o presente trabalho. E serão abordados maiores detalhes sobre esse tema no tópico 3.5 desse capítulo e em todo o capítulo 04 dessa obra.

2.3 PRINCÍPIOS

Diferente das conotações originais do CPP que pregavam a culpabilidade do acusado como primeira ideia sobre a sua situação na relação processual penal, haja vista aquela atmosfera de Estado repressivo vivenciada, atualmente, a presunção de inocência (ou da não culpabilidade) é princípio basilar de um sistema penalista que respeita os direitos fundamentais.

Na verdade, essa preponderância da inocência é fruto da busca pelo devido processo penal, ou seja, “a pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla

§ 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). (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11)

⁷⁴ LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória** (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 112.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 777-778.

defesa.”⁷⁶

Assim, o que significa o princípio da presunção de inocência? De forma sucinta, é que o reconhecimento da autoria de uma infração criminal deve pressupor uma sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF/88). Esse princípio assegura:

(...) a todo indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito, atestado pelo trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Esta presunção termina por configurar uma garantia política do cidadão, na medida em que se lhe devem proteger a liberdade e a dignidade, assegurando um processo “justo”, fulcrado no sistema acusatório, modelo a ser adotado num Estado de Direito.⁷⁷

Nesse passo, como é possível a coexistência entre a presunção da não culpabilidade e a restrição da liberdade do acusado, mesmo a título cautelar, como é o caso da prisão preventiva? A resposta está contida no próprio questionamento.

A presunção de inocência não deve ser entendida de forma radical, pois o mesmo texto constitucional que apregoa tal entendimento, ao mesmo tempo, defende a eventual restrição da liberdade em casos excepcionais e em casos estritamente previstos em lei⁷⁸. Bem diz Canotilho que se a presunção de não culpabilidade for vista de forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que inviabilizaria o processo penal.⁷⁹

Sob o prisma da excepcionalidade das medidas cautelares que privam o acusado de sua liberdade e, assim, relativizam a presunção de inocência, escreve o autor Renato Brasileiro que:

Antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a restrição à liberdade do acusado, seja através da decretação de uma prisão cautelar, seja por meio da imposição de uma medida cautelar de natureza pessoal, só deve ser admitida a título cautelar, e desde que presentes seus pressupostos legais. **A privação cautelar da liberdade**, sempre qualificada pela nota da **excepcionalidade**, somente se justifica em **hipóteses estritas**, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a **exceção é estar preso no curso do processo**.⁸⁰ (grifo nosso)

Assim, a decretação de medidas cautelares, em especial da prisão preventiva, deve ser vista como algo excepcional, instrumental e necessário naquele caso concreto, argumentos esses que justificam a relativização da presunção da não culpabilidade. Nesse sentido, Pacelli entende “o significativo alcance das

⁷⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p.66.

⁷⁷ MENDES, Emerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no processo penal** – uma abordagem sob a perspectiva dos direitos e garantias individuais. Fortaleza: ABC, 2007. p. 89.

⁷⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 5º, LXI)

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 203.

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1138.

regras de excepcionalidade, provisoriedade e instrumentalidade das prisões anteriores à decisão final, de modo a bem situar o campo de aplicação das hipóteses de restrição da liberdade.”⁸¹ O mesmo autor leciona que a exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória “é uma garantia irrenunciável; no entanto, também ela, como qualquer direito subjetivo individual, deve se abrir às possíveis exceções, diante da riqueza e complexidade do mundo da vida.”⁸²

Já o princípio da jurisdicionalidade apregoa que a decretação de toda medida cautelar de natureza pessoal está vinculada à manifestação motivada do Poder Judiciário, por meio de apreciação prévia (no caso da prisão preventiva) ou mediante imediata apreciação (exemplo da prisão em flagrante), necessitando sempre que o juiz, de maneira fundamentada e com base nos elementos concretos existentes nos autos, esclareça a importância daquele cárcere cautelar. E a atuação do magistrado é essencial, senão vejamos:

No que diz respeito às medidas cautelares contempladas no Título IX do CPP, não há nenhuma dúvida sobre a imperiosa necessidade da intervenção judicial (art. 282, § § 3º, 4º e 5º etc.). Nenhuma outra autoridade, por mais qualificada que seja, pode decretar tais medidas cautelares.⁸³

Aliados à jurisdicionalidade, estão os princípios do devido processo legal e do Estado de Direito, pois:

(...) Ninguém pode ser privado dos seus bens ou da sua liberdade sem o devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV). Sem processo não existe coação. E processo só existe com a presença do juiz. Todas as medidas cautelares pessoais ou reais exigem, portanto, legalidade, processo e jurisdição. Ninguém pode ser preso senão em flagrante ou ordem escrita e fundamentada de juiz (CF, art. 5º, inc. LXI). Nenhuma medida cautelar pode ser decretada por delegado de polícia ou pelo Ministério Público. Caso uma medida cautelar seja imposta por autoridade não competente, cabe evidentemente habeas corpus (CPP, art. 648, III).⁸⁴

Lembra o autor Renato Brasileiro que há uma ressalva a esse princípio da jurisdicionalidade no que concerne a concessão da fiança pela autoridade policial em certos casos:

Ressalva especial ao princípio da jurisdicionalidade consta da nova redação do **art. 322 do CPP**. Segundo esse dispositivo, **a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos**. Como a liberdade provisória com fiança é espécie de medida cautelar, porquanto sujeita o agente às vinculações dos arts. 327 e 328 do CPP, percebe-se que, **nessa hipótese do art. 322 do CPP, é possível que a autoridade policial conceda a referida medida cautelar, independentemente de prévia autorização judicial**. De todo modo, **caso seja verificado que a autoridade policial se excedeu na concessão de liberdade provisória com fiança, é perfeitamente possível a posterior cassação da fiança pela autoridade judicial**, nos termos do **art. 338 do CPP**.⁸⁵ (grifo nosso)

⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 07.

⁸² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 160.

⁸³ BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

⁸⁴ BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1144.

Por fim, o entendimento trazido pelo princípio da proporcionalidade é essencial à justa decretação de uma medida cautelar, principalmente no que tange ao cárcere preventivo.

As medidas cautelares do Título IX do CPP não são aplicadas pelo discernimento que cada magistrado tem do sistema processual penal brasileiro. Na verdade, o CPP traz critérios que precisam, necessariamente, ser observados, quando se está diante da decretação de uma medida cautelar. Além das hipóteses de admissibilidade, dos pressupostos e das características que cercam à aplicação das cautelares, também merece atenção especial o princípio da proporcionalidade.

Com campo de estudo mais aprofundado no direito constitucional:

O princípio da proporcionalidade se apresenta como regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, servindo de instrumento para a solução de conflitos entre esses direitos no caso concreto. Consiste em verdadeiro mecanismo de sopesamento de valores, inspirado nos ideais de justiça, para satisfazer os anseios da sociedade. Destaca-se como a forma mais eficaz de interpretar os direitos fundamentais à luz dos valores inseridos na Constituição e arraigados na história e na cultura de uma sociedade; ou seja, insere-se numa nova fase da hermenêutica constitucional, na qual se busca o resgate dos valores.”⁸⁶

O princípio da proporcionalidade é “instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais.”⁸⁷

Também é importante ressaltar que proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Senão vejamos:

O princípio da razoabilidade é o princípio por meio do qual se faz uma estimativa valorativa entre o fim de uma medida e o meio escolhido, afastando-se as relações irrazoáveis. (...) A diferença na forma de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade relaciona-se com a correspondente diferença que se verifica entre o conteúdo de cada um deles. O princípio da proporcionalidade opera por meio da aplicação subsidiária de seus elementos parciais, na ordem, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que não ocorre com o princípio da razoabilidade, mais vago e impreciso, pois não se conhece nele mensuração interna.”⁸⁸

Vale salientar que a regra da proporcionalidade se subdivide em três sub-regras, entendidos nessa ordem, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequado é o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado e o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo seja parcialmente realizado.⁸⁹ Necessária é a adoção da medida que restringe direitos que só se legitima se indispensável ao caso concreto e não puder ser substituída por outra medida menos gravosa. E proporcionalidade em sentido estrito, já sendo adequada e necessária a medida, deve-se averiguar se o ato praticado, no que concerne à realização do objetivo pretendido, supera

⁸⁶ MENDES, Emerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no processo penal** – uma abordagem sob a perspectiva dos direitos e garantias individuais. Fortaleza: ABC, 2007. p. 177-178.

⁸⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 374.

⁸⁸ MOTA, Marcel Moraes. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais**. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 128.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. v. 91. n. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002. p. 23-50.

a restrição a outros valores constitucionalizados. Em resumo, essa última sub-regra traz a ideia de máxima efetividade e mínima restrição.⁹⁰

Assim, o princípio da proporcionalidade é “método de solução das colisões de direitos fundamentais *in concreto*.”⁹¹ No que diz respeito às medidas cautelares, vê que a nova redação do art. 282, I e II, do CPP⁹² faz menção expressa à necessidade e à adequação de tais medidas privativas de liberdades individuais.

Bem estabelece Claus Roxin que o princípio constitucional da proporcionalidade requer a restrição da medida e dos limites da prisão preventiva ao estritamente necessário, justificando assim a verdadeira existência de um Estado de Direito, devendo aqueles que fazem as vezes do Estado na persecução criminal estarem sempre conscientes dos malefícios do cárcere, inclusive o preventivo, na vida do sujeito passivo dessa medida. E merecem destaque as seguintes palavras do citado autor:

(...) entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a **prisão preventiva** é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para a administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. **Num Estado de Direito**, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; **o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão**. Com isso, o **princípio da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário**.⁹³ (grifo nosso)

E é nesse entendimento acerca da proporcionalidade que será construída possível solução à problemática do fundamento da ordem pública na decretação do cárcere preventivo ao final desse trabalho.

2.4 CARACTERÍSTICAS

A acessoriedade é atributo que define a medida cautelar como subordinada ao resultado do processo penal, dependendo de um processo principal, não possuindo vida autônoma em relação a esse. O destino dessas medidas cautelares está umbilicalmente ligado ao do processo que visa tutelar. “Se é um instrumento a serviço de um processo de conhecimento ou execução, não pode ser vista como medida autônoma ou com existência abstraída desse outro processo.”⁹⁴

A preventividade significa que o escopo da atividade cautelar é prevenir a ocorrência de danos de

⁹⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151.

⁹¹ ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 301.

⁹² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

- **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11) (grifo nosso)

⁹³ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 258.

⁹⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisões e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011. p. 27.

difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim.

A característica da instrumentalidade diz que o processo é o instrumento estatal para a aplicação do direito e a medida cautelar é instrumento para assegurar a eficácia desse processo. Diz-se que a instrumentalidade é hipotética porque o resultado que a medida cautelar pretende garantir, por ser futuro, é incerto; e também é qualificada por tutelar a função jurisdicional, que é meio e modo de realização do direito.⁹⁵

A provisoriedade revela a atuação da medida cautelar apenas naquela situação de urgência, deixando de existir quando ocorre a decisão do processo principal ou outro motivo faz a cautelar ser desnecessária.

A medida cautelar é revogável, desde que ocorram novas circunstâncias, pois esta é produto de uma cognição sumária.

Já a referibilidade é a conexão entre situação de perigo e proteção jurídica advinda de medida cautelar cabível. Bem diz Marinoni que:

(...) na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistir referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado, ocorrendo neste caso insatisfatividade, nunca referibilidade.⁹⁶

Por fim, apresenta-se a característica da homogeneidade. Significa que a medida cautelar não pode ser mais gravosa que o provimento final a ser aplicado. É a aplicação do princípio da proporcionalidade entre a medida cautelar e o provimento final.⁹⁷

2.5 O FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA

Como já foi mencionada a dificuldade do que representa a ordem pública como fundamento do cárcere preventivo (parte final do tópico 3.2), o presente tópico é voltado para entender a dimensão desse fundamento.

Bem salientam os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues que “não se tem um conceito exato do significado da expressão **ordem pública**, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado.”⁹⁸ Nesse mesmo sentido, Pacelli escreve que é “tema dos mais controvertidos nos tribunais e mesmo na doutrina. Porque razão a nova Lei 12.403/11, em pleno século XXI, resolveu insistir em manter a esdrúxula expressão?”⁹⁹

Ordem pública é:

⁹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 266.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 79.

⁹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisões e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011. p. 29.

⁹⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 550.

⁹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 549.

um dos fundamentos da prisão preventiva, **consistente na tranquilidade no meio social. Traduz-se na tutela dos superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio**, constituindo-se explícito dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CF/88). Quando tal tranquilidade se vê ameaçada, é possível a decretação da prisão preventiva, a fim de evitar que o agente, solto, continue a delinquir. Assim, é possível a decretação da medida quando se constata que o agente, dada à periculosidade que ostenta, sente-se incentivado a prosseguir em suas práticas delituosas.¹⁰⁰ (grifo nosso)

E esse entendimento de trazer tranquilidade ao meio social só reforça a ideia de que o fundamento da ordem pública na decretação da prisão preventiva não tem escopo de acautelar o processo e sim busca acautelar o meio social, é uma medida de segurança, uma medida judiciária de polícia, sem relação direta com o processo. Nesse amparo, tal fundamento não apresenta natureza instrumental, ou seja, não está a serviço do processo e da eficácia da justiça criminal, não garante o regular desenvolvimento do processo.¹⁰¹

Nesse amparo, também entendem os autores Douglas Fischer e Eugênio Pacelli que o fundamento da ordem pública tenha contornos mais amplos que o resguardo do processo. Sustentam que:

A prisão preventiva, essa sim, reúna as hipóteses de risco à efetividade da persecução penal, abrangendo a investigação e o processo propriamente dito. E, mais. A preventiva (...) pode ser decretada para fins *externos* à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender por *sociedade*. Como o Brasil não tem apenas *uma* sociedade, talvez mais adequado fosse referir-nos à *comunidade jurídica* (em tese, a autora e destinatária das normas jurídicas). **A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública.**¹⁰² (grifo nosso)

É bem verdade que esse fundamento da garantia da ordem pública tutela não o processo, mas o risco de novas lesões ou de reiteração criminosa. Tourinho Filho ressalta que:

‘Perigosidade do réu’, ‘os espalhafatos da mídia’, ‘reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão’, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica ‘ordem pública’. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.¹⁰³

E continua:

Quando se decreta a prisão preventiva como ‘garantia da ordem pública’, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada.¹⁰⁴

¹⁰⁰ BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 146.

¹⁰¹ BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

¹⁰² FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 619.

¹⁰³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v. p. 509.

¹⁰⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v. p. 510.

Vê-se que o autor Tourinho Filho defende que o fundamento da garantia da ordem pública é incompatível com o texto constitucional, pois fere o princípio da presunção de inocência, por ser uma cláusula aberta, na qual está encartada certa antecipação de culpa, de pena.

Outra interpretação do que representa o fundamento da garantia da ordem pública na decretação do cárcere preventivo é a visualizada pelo autor Guilherme de Souza Nucci. O mencionado autor explica que esse fundamento é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da preventiva. Nesse motivo, deve ser por meio do trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*. Assim, leciona Nucci:

Em suma, um delito grave – normalmente são todos os que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa – associado à repercussão causada em sociedade, gerando intranquilidade, além de se estar diante de pessoa reincidente ou com péssimos antecedentes, provoca um quadro legitimador da prisão preventiva.¹⁰⁵

Atualmente, com as novas diretrizes trazidas pela Lei nº 12.403/11, Nucci ampliou o entendimento supramencionado da seguinte forma:

A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como *gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa*. (...) Basta a comprovação de dois desses cinco elementos para justificar a preventiva.¹⁰⁶

Ante o exposto, observa-se que a imprecisão da garantia da *ordem pública*, como alicerce do cárcere preventivo, oferece margem a diferentes interpretações do alcance desse fundamento. Nesse esteio, é necessário buscar parâmetros interpretativos constitucionais e proporcionais capazes de dar justa aplicação a esse fundamento. É o que será feito a seguir.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 564.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63, 64 e 73.

3 A PROBLEMÁTICA DO FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A seguir, será abordada a principal temática do presente trabalho de conclusão de curso.

Na busca de oferecer aplicação justa e com respaldo no texto constitucional, a jurisprudência, ao longo dos anos, foi criando parâmetros para a utilização da custódia preventiva como garantidora da ordem pública. Procurou-se entender se há, de fato, incompatibilidade entre esse fundamento e o clamor social. No Direito Comparado, foi observada em que circunstâncias a preventiva como garantidora da ordem pública merece ser decretada. Por fim, sem esquecer a complexidade que cerca esse tema, buscou-se a proporcionalidade e as novas diretrizes trazidas pela Lei nº 12.403/11 para entender a sua utilidade de oferecer efetividade ao processo penal. E esses serão os assuntos discutidos nesse capítulo.

3.1 OS VÁRIOS SENTIDOS DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS: ATIVISMO JUDICIAL?

O fato da expressão *garantia da ordem pública* ser vaga e indeterminada fez gerar na doutrina e na jurisprudência controvérsias acerca de seu real significado.

A jurisprudência, na tentativa de fundamentar a decretação do cárcere preventivo de forma justa e de modo a respeitar direitos e garantias constitucionais, tratou de criar possibilidades a partir das quais fosse viável essa perda da liberdade, cautelarmente, com alicerce nessa *garantia da ordem pública*.

Nesse sentido, os Tribunais se encarregaram do papel de oferecer contornos mais precisos para melhor aplicar o fundamento da *ordem pública*. Para tanto, foi usada a ferramenta do ativismo judicial, ou seja:

A necessidade atual do juiz em cumprir os ditames constitucionais, a partir dos direitos e garantias fundamentais, já lhe dá a maleabilidade para a construção da norma jurídica que melhor atenda ao pleito em específico, sem que se utilize tão somente de expedientes reparatórios, que na maioria das vezes são paliativos e acabam por violar o direito à tutela jurisdicional efetiva. Deste modo, a construção da norma jurídica em concreto é um corolário da atuação jurisdicional calcada nos pilares constitucionais.¹⁰⁷

Dessa forma, entende-se que a atividade do magistrado não se limita a uma fria e indiferente aplicação da lei. Para proporcionar a efetivação dos direitos do cidadão e assim fazer valer o Estado Democrático, faz-se necessária a construção da norma jurídica por meio da atividade jurisdicional. Logo:

¹⁰⁷ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *et al.*; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo e PAULA, Daniel Giotti de (coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 410.

A atividade jurisdicional lastreada nos pilares constitucionais se compatibiliza com o princípio democrático, para tanto deve o magistrado sempre ter a preocupação de materializar, em cada caso concreto, o direito material pleiteado em análise contínua com os valores constitucionais, tudo para que os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos sejam respeitados por todas as autoridades públicas e se é isso está sendo compreendido como ativismo judicial, temos que ser ativistas na acepção da palavra.¹⁰⁸

Nesse passo, uma das alternativas dos Tribunais em dar sentido à natureza cautelar da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública é seu escopo de *resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente*. Assim, “se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva.”¹⁰⁹

Com esse pensamento, delimita-se um juízo de periculosidade do agente (e não de culpabilidade), *baseado em dados concretos* (por isso essa interpretação tem caráter restritivo), o que é situação determinante para a necessidade de decretar o cárcere preventivo. Caso contrário, ou seja, se o agente permanecesse solto, ele voltaria a delinquir. E o próprio sistema processual penal, a partir das modificações trazidas pela Lei nº 12.403/11, vai ao encontro dessa compreensão.¹¹⁰ E nessa toada decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO TENTADO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO E DISPARO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. FEITO COMPLEXO. VÁRIOS RÉUS. RAZOABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Mostra-se devidamente justificada a custódia cautelar para a garantia da ordem pública, circunstância evidenciada pela periculosidade concreta do paciente que, juntamente com outros 4 acusados, faz parte de estruturada quadrilha armada responsável pelo cometimento de diversos crimes de roubo, além do fato de ter efetuado disparos de arma de fogo contra a residência da então Juíza titular da Comarca de Arapoti, no Paraná. 2. As condições pessoais favoráveis do paciente, por si só, não inviabilizam a **decretação da segregação antecipada, se existirem nos autos outros elementos capazes de autorizar a adoção da providência extrema. Precedentes. 3. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, a teor do Enunciado nº 52 da Súmula desta Corte. 4. Ademais, trata-se de processo de alta complexidade, envolvendo vários réus e a prática de diversos crimes na região, com a necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas, inexistindo, à luz do princípio da razoabilidade, o alegado constrangimento ilegal. 5. Habeas corpus denegado.¹¹¹ (grifo nosso)**

¹⁰⁸ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *et al.*; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo e PAULA, Daniel Giotti de (coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 427.

¹⁰⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 302.

¹¹⁰ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para **aplicação da lei penal**, para a **investigação ou a instrução criminal** e, nos casos expressamente previstos, **para evitar a prática de infrações penais**; (Nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11) (grifo nosso)

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 154.543/PR**, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 14/02/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

E mesma acepção teve o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RÉU CONDENADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A DEZESSETE ANOS DE RECLUSÃO. RECURSO DE APELAÇÃO DEFENSIVO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISÃO EMBASADA EM FATOS CONCRETOS. ORDEM DENEGADA. 1. **O fundamento da garantia da ordem pública é suficiente, no caso, para sustentar o decreto de prisão preventiva do paciente.** Decreto, afinal, mantido pela sentença condenatória recorrida, com o reconhecimento de que permanecem incólumes os fundamentos da preventiva. Não há como refugar a **aplicabilidade do conceito de ordem pública se a concreta situação dos autos evidencia a necessidade de acautelamento do meio social.** 2. Quando da maneira de execução do delito sobressair **a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública.** 3. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, **se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa.** Contexto, esse, revelador da gravidade concreta da conduta (de violência incomum, aliada ao motivo fútil) e da periculosidade do paciente; sem contar a notícia de fuga do acusado e a dificuldade da respectiva citação. 4. Ordem denegada.¹¹² (grifo nosso)

Outra alternativa aduzida pela Suprema Corte, objetivando dar sentido à natureza cautelar da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública é, no uso de um critério ampliativo, a junção das seguintes circunstâncias: preservar a integridade física ou psíquica do agente ou de terceiros, impedir a reiteração de condutas criminosas e assegurar a credibilidade das instituições públicas, inclusive do Poder Judiciário. O Ministro Gilmar Mendes destacou tal entendimento na seguinte jurisprudência:

HABEAS CORPUS. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA CAUTELAR LASTREADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL (CPP, ART. 312). EXCESSO DE PRAZO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA. PROCESSO COMPLEXO. ORDEM INDEFERIDA. 1. Crimes dos arts. 12 c/c 18, I, e 14, da Lei nº 6.368/1976 e 304 do Código Penal. A impetração alega: i) ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva; e ii) excesso de prazo na instrução criminal. 2. **Na espécie, a decretação da preventiva lastreou-se nos fundamentos da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP.** 3. Quanto ao **requisito da garantia da ordem pública, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, destaco as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos; ii) o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que tal objetivo esteja lastreado em elementos concretos** expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; **e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário,** quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar. (...) 4. **O Juiz de 1º grau apresentou elementos concretos suficientes para respaldar a regularidade do decreto cautelar:** a função de "direção" desempenhada pelo paciente na organização (o paciente é considerado o "2º homem dentro da organização"); a ramificação das atividades criminosas em diversas unidades da federação; e a alta probabilidade de reiteração delituosa considerando-se a potencialidade da utilização do meio sistematicamente empregado pela quadrilha, a saber, o uso de artifícios para camuflar o transporte de entorpecentes no interior de cortes de carne destinada à exportação. (...) 8. **Decreto de prisão preventiva devidamente**

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 92459**, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-03 PP-00544. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

fundamentado, nos termos do art. 312 do CPP e art. 93, IX, da CF. Existência de razões suficientes para a manutenção da prisão preventiva. 9. Ordem indeferida.¹¹³ (grifo nosso)

Em julgados recentes, o Supremo Tribunal e o STJ salientam a necessidade de aferição das circunstâncias em que se realizaram aquele caso concreto, bem como se deu o *modus operandi*, ambos quesitos vitais à avaliação da exigência de decretação de cárcere preventivo com fundamento na garantia da ordem pública. Vejamos:

Habeas corpus. Penal. Processual penal. Homicídios qualificados tentados e consumados. **Prisão preventiva** mantida na sentença de pronúncia. Fundamentação idônea. **Garantia da ordem pública. Cautelaridade suficientemente demonstrada.** Alegada presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente. Circunstâncias que não obstam a segregação cautelar quando presentes elementos concretos a recomendar sua manutenção. Precedentes. Ordem denegada. **1. A análise da segregação cautelar do paciente,** mantida na sentença de pronúncia, autoriza o reconhecimento de que **existem fundamentos concretos e suficientes para justificar a privação processual da sua liberdade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.** 2. É perfeitamente possível constatar que **a necessidade de garantia da ordem pública restou demonstrada, na espécie, ante a periculosidade do agente, verificada pela gravidade em concreto do crime e pelo modus operandi com que foi praticado o delito.** 3. Integra o magistério jurisprudencial da Corte o entendimento de que, “quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública” (HC nº 97.688/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 27/11/09). 4. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção. 5. Ordem denegada.¹¹⁴ (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. TRIPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO (UM CONSUMADO E DOIS TENTADOS). CONDENAÇÃO À PENA DE 30 ANOS DE RECLUSÃO. NEGATIVA AO PACIENTE DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A circunstância de o réu ter respondido solto ao processo não obsta lhe ser negado o apelo em liberdade, quando **a prisão preventiva, em sede de sentença penal condenatória, é justificada em sua real indispensabilidade, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.** 2. O benefício de apelar solto foi negado **em decisão suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, em face da periculosidade do Paciente, demonstrada pelo modo de execução dos crimes e pelas ameaças às vítimas sobreviventes.** 3. Evidente, outrossim, **a necessidade da custódia cautelar para garantia da aplicação da lei penal,** uma vez que o réu não compareceu ao julgamento plenário, deixando claro sua intenção de se furtar à justiça, tanto que não há notícia do cumprimento do mandado de prisão expedido. 4. Ordem denegada.¹¹⁵ (grifo nosso)

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 89090**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00038 EMENT VOL-02292-02 PP-00430 RTJ VOL-00203-03 PP-01175. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110848**, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 165.941/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

3.2 HÁ INCOMPATIBILIDADE ENTRE O FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA E O CLAMOR SOCIAL?

A simples brutalidade no cometimento de crimes causa a repercussão da infração em sociedade e, em muitos casos, busca-se justiça com base no clamor social provocado pela ojeriza que aquele crime provoca. E é nesse amparo que se justifica a tutela penal cautelar, especificamente, o cárcere preventivo com fundamento na ordem pública. E a imprecisão do termo *ordem pública* é fator determinante para esse tipo de interpretação.

Clamor social significa a comoção social resultante da prática de um crime que causa repercussão social negativa. Muitas vezes, o clamor público é instigado pela imprensa que, na busca de uma polêmica, narra os fatos de modo a transmitir à população uma situação de definitividade em relação ao delito e à sua autoria, contribuindo, decisivamente, para que seja cada vez mais atacado o princípio do estado de inocência. Nesses termos, são precisas as palavras da autora Ana Lúcia Menezes Vieira:

A narração dos fatos e a estigmatização do investigado ou acusado resolvem o *caso* criminal, não havendo sequer a necessidade da aplicação da pena pelo juiz – **a sentença dada pelos meios de comunicação, inapelável, transita em julgado perante a opinião pública, tornando-se irreversível diante de qualquer decisão judicial** que venha a infirmar a crônica ou crítica. Com efeito, **apenas uma mera possibilidade de acusação formal de crime, divulgada indevidamente pela imprensa, assume perante o público um valor de efetiva responsabilidade, mormente se o indivíduo é preso preventivamente.**¹¹⁶ (grifo nosso)

Pelo exposto, vê-se que é incompatível com o Estado Democrático de Direito a possibilidade de decretação da preventiva fundamentada pela defesa da ordem pública em virtude da repercussão da infração ou do clamor social provocado pelo crime, individualmente considerados. É importante ressaltar que afirmações relacionadas à gravidade do delito já estão inseridas no próprio tipo penal. Bem salienta Renato Brasileiro que:

Aspectos como a **gravidade em abstrato do delito**, o **clamor social** provocado pelo delito, ou a **necessidade de segregação cautelar do agente como forma de se acautelar o meio social devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, mormente para garantia da ordem pública**, pois são desprovidos de propósito cautelar.¹¹⁷ (grifo nosso)

Observa o autor Renato Brasileiro que clamor público e repercussão social do crime não aduzem o pressuposto da medida cautelar do *periculum libertatis*, pois a custódia preventiva não teria como escopo a defesa do processo, e sim estaria sendo decretada em virtude da gravidade abstrata do delito, satisfazendo aos anseios da sociedade e da mídia.¹¹⁸

No mesmo sentido, Delmanto Júnior afirma que nesses casos “a prisão preventiva se distancia do

¹¹⁶ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 168 e 169.

¹¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1322.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 1323.

seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – ínsito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária.”¹¹⁹

Frisa-se que o Poder Judiciário está adstrito à lei, ao direito, e não à opinião da maioria, manipulada pela mídia, o clamor social.

É precisa a conclusão do autor Andrey Borges, em conformidade com as novas diretrizes traçadas pela Lei nº 12. 403/11. Vejamos:

(...) vale lembrar que o conceito de ordem pública atualmente deve decorrer da conjugação do art. 312 com o art. 282, inc. I, do CPP, pois este último dispositivo traz as finalidades e fundamentos das medidas cautelares em geral. Assim, **a interpretação do que entende por garantia da ordem pública deve ser a de evitar a prática de novas infrações penais, como consta naquele art. 282.** Tudo o que for além e não se voltar para tal finalidade ultrapassará o conceito de ordem pública, resvalando para a ilegalidade.¹²⁰ (grifo nosso)

É válido mencionar que alguns casos de notória divulgação no País justificaram a manutenção da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública pela grande repercussão que causaram em sociedade. O caso Isabella Nardoni¹²¹ é um exemplo. Intitulada *A íntegra da decisão do juiz que levou à cadeia Nardoni e Anna Carolina*, o blog de Reinaldo Azevedo da Revista Veja em meio eletrônico expôs o seguinte:

Assim, frente a todas essas considerações, entendendo este Juízo estarem preenchidos os requisitos previstos nos arts. 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal, DEFIRO o requerimento formulado pela D. Autoridade Policial, que contou com a manifestação favorável por parte do nobre representante do Ministério Público, a fim de decretar a PRISÃO PREVENTIVA dos réus ALEXANDRE ALVES NARDONI e ANNA CAROLINA TROTTA PEIXOTO JATOBÁ, por considerar que além de existir prova da materialidade do crime e indícios concretos de autoria em relação a ambos, tal providência também se mostra justificável não apenas como medida necessária à conveniência da instrução criminal, **mas também para garantir a ordem pública, com o objetivo de tentar restabelecer o abalo gerado ao equilíbrio social por conta da gravidade e brutalidade com que o crime descrito na denúncia foi praticado e, com isso, acautelar os pilares da credibilidade e do prestígio sobre os quais se assenta a Justiça que, do contrário, poderiam ficar sensivelmente abalados.**¹²² (grifo nosso)

¹¹⁹ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**.

2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 183.

¹²⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisões e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011. p. 271.

¹²¹ O **Caso Isabella Nardoni** refere-se à morte da menina brasileira Isabella de Oliveira Nardoni, de cinco anos de idade, defenestrada do sexto andar do *Edifício London* no distrito da Vila Guilherme, em São Paulo, na noite do dia 29 de março de 2008. O caso gerou grande repercussão no Brasil e Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, respectivamente pai e madrastra da criança, foram condenados por homicídio doloso triplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos III, IV e V), e vão cumprir pena de 31 anos, 1 mês e 10 dias, no caso dele, com agravantes pelo fato de Isabella ser sua descendente, e 26 anos e 8 meses de reclusão no caso de Anna Jatobá, ficando caracterizado como crime hediondo. A decisão foi proferida pelo Juiz Maurício Fossen, no Fórum de Santana em São Paulo. (Disponível no sítio eletrônico <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Isabella_Nardoni>. Acesso em 25 mai. 2012)

¹²² Disponível no sítio eletrônico <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/integra-decisao-juiz-que-levou-cadeia-nardoni-anna-carolina/>>. Acesso em 25 mai. 2012.

Outro caso foi o Suzane Richthofen.¹²³ Em sede de habeas corpus, o STF ratificou as decisões das outras instâncias que pugnaram pela prisão preventiva da acusada, dentre outros motivos, pelo intenso clamor público desencadeado pela hediondez de tais crimes, o que justificou o cárcere preventivo para a garantia da ordem pública. Nesses termos decidiu a Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. FALTA DE FUNDAÇÃO. ART. 312 CPP. INOCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DO TÍTULO PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM DENEGADA. I - Em havendo diversidade de decisões que determinaram a prisão cautelar, há que se analisar os fundamentos da última, que revela o título atual da custódia. II - Decreto fundado na demonstração concreta de manutenção da ordem pública. III - Ordem denegada.¹²⁴

Vê-se que os dois casos supramencionados têm em comum o fato de o clamor social ter influenciado a custódia preventiva com fundamento na proteção da ordem pública.

Todavia, hoje, com a vigência da Lei nº 12.403/11, a grave repercussão em sociedade de delitos não é motivo determinante para a manutenção da prisão preventiva com justificativa na garantia da ordem pública. Como expõe o art. 282, I e II, do CPP, o juiz, em sua decisão, deve fundamentar a situação fática justificadora da medida cautelar, sua base jurídica e sua imperiosa necessidade. Não que o clamor social por resultados mais eficientes na atuação do Poder Judiciário tenha desaparecido. Mas, atualmente, os fatores *necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais* (art. 282, I, CPP); e *adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado* (art.

¹²³ O **Caso Richthofen** é um processo polêmico que chocou a opinião pública brasileira. Uma das réus, Suzane Louise von Richthofen, foi acusada de ter planejado a morte dos próprios pais, com o auxílio do então namorado Daniel Cravinhos e de seu irmão, Christian Cravinhos. O júri do caso entendeu que Suzane foi influenciada pelos irmãos, mas que poderia ter resistido e evitado o crime. Segundo a Promotoria de Justiça do estado de SP, Suzane von Richthofen teria sido o cabeça de toda a ação criminosa que culminou no assassinato de seus pais Manfred Albert e Marisia von Richthofen. Fez, inclusive, convidando os Cravinhos, dias antes do crime, um teste de barulho causado pelos disparos de uma arma de fogo e com isso descartaram a ideia de utilizar uma.

Na tarde de 31 de outubro de 2002, Suzane e Daniel Cravinhos repassaram pela última vez os planos do assassinato dos pais da moça. Conversaram com Christian, que morava na casa da avó, e Christian, ainda relutante, não deu a certeza de que participaria nos eventos que se seguiriam à noite. Daniel pediu que o irmão pensasse a respeito e, se resolvesse ajudá-los, que os esperasse em uma dada rua, próxima a um Cyber Café aonde levariam Andreas von Richthofen. O casal de namorados levou o irmão da garota, Andreas, para se divertir em um Cyber Café, com o intento de deixar o caminho livre para o assassinato dos pais. Posteriormente, pegaram Christian Cravinhos, que os esperava em uma rua próxima como combinado e, juntos, foram à casa dos von Richthofen. Passava de meia noite de 31 de outubro de 2002 quando o trio chegou na casa da família Richthofen. Dias antes da fatídica noite, Suzane havia meticulosamente desligado o alarme e as câmeras de vigilância da casa, de modo que nenhuma imagem do trio chegando fosse capturada. Os três afirmavam que Suzane não participou do assassinato em si, mas não há consenso sobre sua posição na casa enquanto o crime ocorria, e nem se, findo o ato, ela subiu ao quarto e viu os corpos dos pais (é importante notar que, caso Suzane tenha visto os cadáveres, isto diz muito sobre sua personalidade, considerando seu calmo estado de espírito após o assassinato). (Disponível no sítio eletrônico

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Suzane>. Acesso em 25 mai. 2012)

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 89218**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00063 EMENT VOL-02295-05 PP-00808. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 mai. 2012.

282, II, CPP) são elementos imprescindíveis para a aplicação de qualquer medida cautelar, inclusive, para a decretação da custódia preventiva como garantia da ordem pública. Nesse passo, observa-se que a situação fática em si, ou seja, o caso concreto é que determinará a procedência de tal medida cautelar privativa de liberdade. Assim ocorreu no recente caso *Carlinhos Cachoeira*¹²⁵ amplamente divulgado pela mídia e que teve mantida sua prisão preventiva pelo STJ, conforme noticiou o portal Jornal do Brasil:

País

22/05 às 17h48 - Atualizada em 22/05 às 19h31

STJ mantém prisão preventiva de Carlinhos Cachoeira

Defesa de bicheiro-empresário vai recorrer

Jornal do Brasil, Luiz Orlando Carneiro, Brasília

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou, nesta terça-feira, por 3 votos a 1, o habeas corpus ajuizado pela defesa do empresário-contraventor Carlinhos Cachoeira. A maioria já tinha rejeitado o pedido na sessão da semana passada, mas o desembargador convocado Adilson Macabu, o último a votar, pediu vista, e confirmou sua divergência nesta terça-feira. O advogado de Cachoeira, Marcio Thomaz Bastos, anunciou que vai recorrer da decisão ao Supremo Tribunal Federal.

Preso desde 29 de fevereiro, em decorrência da Operação Monte Carlo, da Polícia Federal, Cachoeira responde a inquérito em curso no STJ, sob a acusação de formação de quadrilha para a prática dos crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, contrabando, peculato, prevaricação e violação de sigilo, visando a assegurar a exploração ilegal de máquinas eletrônicas de jogos, bingos de cartelas e jogo do bicho em Goiás e no Entorno do Distrito Federal.

O julgamento

Na sessão do último dia 15, Thomaz Bastos defendeu em plenário a soltura do indiciado por estar ele preso preventivamente há quase 80 dias. Além disso, reclamou que a defesa não tivera ainda acesso às “provas secretas”, mas só às gravações vazadas e veiculadas pela mídia.

O relator do habeas, ministro Gilson Dipp, concordou com o parecer do Ministério Público, tendo em vista a “altíssima probabilidade” do investigado e principal figura do inquérito que, solto, poderia voltar a agir. E também sublinhou a **“manifesta periculosidade do agente e a magnitude dos crimes cometidos contra a Administração Pública”**.

¹²⁵ **Carlos Augusto de Almeida Ramos** (Anápolis, 3 de maio de 1963), mais conhecido como **Carlinhos Cachoeira**, também denominado pela imprensa de **Carlos Augusto Ramos** é um empresário brasileiro, acusado de envolvimento no crime organizado.

Em 29 de fevereiro de 2012, Carlinhos Cachoeira foi preso pela Polícia Federal durante a Operação Monte Carlo, operação que desarticulou a organização que explorava máquinas de caça-níquel no Estado de Goiás por 17 anos. Escutas da operação acabaram atingindo diretamente o senador da república Demóstenes Torres (DEM-GO), em conversas sobredinheiro supostamente fruto de propina. Indiretamente, as investigações da PF atingiram também as administrações dos governos de Agnelo Queiroz (PT-DF) e Marconi Perillo (PSDB-GO). Revelaram também as relações de Cachoeira com o jornalista Policarpo Júnior, da revista Veja.

Em 1º de março, um dia depois da prisão, foi transferido para presídio federal de segurança máxima em Mossoró, no Rio Grande do Norte, mas só foi noticiado somente no dia seguinte. Gerou polêmica a contratação do advogado Márcio Thomaz Bastos, que foi ex-ministro da Justiça no governo Lula, que entrou com pedido de Habeas Corpus para a soltura de seu cliente pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, mas foi negado. Em 9 de abril, Bastos entrou com segundo pedido de Habeas Corpus, mas foi negado novamente. Em abril, foi transferido no Presídio da Papuda.

A gravidade e repercussão do caso levaram o Congresso Nacional a criar uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, denominada CPMI do Cachoeira. Quando convocado da prisão a depor na Comissão em 22 de maio, por orientação de seus advogados, permaneceu calado. (Disponível no sítio eletrônico <http://pt.wikipedia.org/wiki/Carlinhos_Cachoeira>. Acesso em 27 mai. 2012)

Segundo a votar, o ministro Jorge Mussi, presidente da Turma, acompanhou o relator, afirmando não ser o momento adequado para devolver Cachoeira à liberdade, até por que não foram ainda colhidas as provas de incriminação. O ministro Marco Aurélio Bellizze votou logo em seguida também pela rejeição do habeas corpus.

Divergência

O desembargador convocado Adilson Macabu foi o único a divergir. Na sessão anterior, ele já tinha adiantado a sua posição, no sentido de que a Constituição de 1988 “alterou amplamente o sentido da prisão preventiva, e que muitas pessoas estão na prisão por omissão do Poder Público, que não adaptou a lei à Constituição Federal”.

Na conclusão do julgamento, ele defendeu a troca da prisão preventiva pela adoção de medidas alternativas, como comparecimento em juízo periódico e recolhimento de passaportes. A seu ver, a prisão cautelar é a última medida a ser tomada antes da sentença final: “Medidas alternativas não representam impunidade”, afirmou.¹²⁶ (grifo nosso)

3.3 A ORDEM PÚBLICA NO DIREITO COMPARADO

Diferente da legislação brasileira, a portuguesa, a espanhola, a italiana e a alemã, em vez de se valerem apenas da expressão vazia de conteúdo *ordem pública*, preferiram enumerar as situações de risco à efetividade da respectiva jurisdição no que concerne o cárcere preventivo com fundamento na garantia dessa ordem pública.

O Código de Processo Penal alemão, ao lado das razões ligadas à proteção da prova e do risco de fuga do acusado (§ 112), inclui como motivação para a *detenção preventiva* a suspeita da prática de novos crimes (§ 112a), mantidas as exigências de proporcionalidade pela maior ou menor gravidade do delito (§ 113).¹²⁷

O art. 502 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola expõe que a *prisão provisional* somente pode ser decretada com fundamento em necessidade (inexistência de outras medidas menos gravosas), consideradas as repercussões da medida na pessoa do agente, as circunstâncias do fato e a pena prevista. No art. 503, assevera-se a finalidade da prisão para evitar a fuga do acusado (3º, a), a proteção da instrução (b), e o risco de novas infrações (c), a ser aferido segundo as circunstâncias do fato, a gravidade do crime (somente doloso), prevendo expressamente a possibilidade de consideração dos antecedentes do acusado para a adoção da medida, quando se puder concluir *racionalmente* (como diz o Código) pela prática habitual de delitos e a presença de organização criminosa.¹²⁸

O *Codice di procedura penale* italiano também se refere à necessidade da medida coercitiva de prisão, quando fundada na gravidade do fato, no risco de fuga e nas provas, bem como no risco de reiteração criminosa graves, incluindo a participação em organizações criminosas (art. 274).¹²⁹

¹²⁶ Disponível no sítio eletrônico <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/05/22/stj-mantem-prisao-preventiva-de-carlinhos-cachoeira/>>. Acesso em 27 mai. 2012.

¹²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 69.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 69.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 69-70.

Já a legislação portuguesa justifica as *medidas gerais de coacção* com fundamento no risco de fuga, na proteção do processo (questões probatórias) e na continuação de atividade criminosa. Também faz referência expressa à necessidade de manutenção da *ordem e tranquilidade públicas* (art. 204, c).¹³⁰

Por fim, com relação à legislação portuguesa, merece destaque a seguinte explicação do autor Eugênio Pacelli:

Em Portugal, então, as disposições do art. 204 servem de fundamento para a aplicação de *todas as medidas coercitivas*, incluindo obviamente a prisão. Observe-se, porém, que a redação da parte final do citado art. 204 refere-se à *continuação da atividade criminosa*, permitindo um interpretação, literal é verdade, que a prisão somente se justificaria para evitar a continuação *daquele crime* objeto da persecução penal.¹³¹

3.4 A COMPLEXIDADE DO FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA E O USO DA PROPORCIONALIDADE PARA MELHOR UTILIZAÇÃO DESSE FUNDAMENTO

O autor Eugênio Pacelli salienta que a definição dos limites do conceito de *ordem pública* não consegue, ainda, demonstrar toda a complexidade que envolve essa temática. Nesse sentido, merece destaque o seguinte excerto:

No entanto, o problema permanece: a comoção pública, ainda que aliada à gravidade do fato, justifica a antecipação da sanção penal?

Se a resposta for positiva, não haveria o risco de uma perigosa abertura para a justificativa de antecipações de culpa para a grande maioria dos crimes mais graves – sobretudo os denominados *hediondos* – que, via de regra, provocam comoção e clamor público por Justiça?

De outro lado, se nenhuma providência é adotada quando se supõe saber a autoria do crime, não haveria também um grande risco de reações informais por parte da comunidade atingida, pela ausência de intervenção estatal mais visível? Dizer simplesmente que é dever do Estado impedir tais reações não basta; afinal, era também dever dele impedir o fato originário (crime).

Como se vê, **a questão em tais situações é ainda mais complexa que a só definição dos limites do conceito de ordem pública.**¹³² (grifo nosso)

Não se esquecendo da complexidade que envolve o termo *ordem pública*, é importante dar-lhe uma interpretação constitucional. Deve-se frisar que a ordem pública está em risco quando o criminoso simboliza um perigo, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade, o que poderá trazer riscos à efetividade do processo. Assim, a gravidade da infração ou a repercussão do crime merecem ser consideradas não isoladamente, mas em análise ao caso concreto. Cabe ao magistrado o enfrentamento

¹³⁰ *Ibid.*, p. 70.

Segundo SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 2. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1999. 2 vol. p. 246-247.: perturbação da ordem e tranquilidade públicas são situações que devem ser inferidas das circunstâncias do crime e da personalidade do agente.

¹³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 70.

¹³² *Ibid.*, p. 68-69.

necessário de tais fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa ter como consequência a punição adequada, o que só então permitirá a segregação. Caso contrário, seria uma antecipação da pena, verdadeira execução provisória, o que fere a própria presunção de inocência.¹³³

E é utilizando uma *interpretação conforme a Constituição*¹³⁴ que se garantirá a constitucionalidade do cárcere preventivo com fundamento na garantia da ordem pública. Nesse sentido, os autores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer entendem que:

Por isso, acreditamos que uma *interpretação conforme a Constituição* pode e deve ser feita em relação à prisão para garantia da ordem pública, de tal maneira que:

I – somente se admita a prisão quando se tratar de crimes de natureza grave, sem prejuízo dos limites impostos no art. 313, I, CPP. A gravidade, em princípio, seria deduzida da pena cominada;

II – a natureza do crime deve apontar ou *indiciar* a possibilidade concreta de reiteração criminosa, segundo seja a experiência do conhecimento humano de cada época. Crimes sexuais, homicídios e lesões corporais graves, como parte de estratégias econômicas, organizações criminosas voltadas para atividades de grande risco de danos às pessoas, a tortura, o tráfico de drogas, enfim, toda essa gama de crimes para os quais o constituinte demonstrou claramente o alto índice de sua reprovação, ostentam esse perfil. Em tese, é claro. (...)

Naturalmente, como o Direito Penal e o Processo Penal lidam com questões de grande sensibilidade social, travam-se no seu interior debates nem sempre movidos pelo mesmo propósito. Do ponto de vista da ordenação jurídica, ou seja, do Direito, há que se exigir o cumprimento de determinadas regras, condicionantes para a sua aplicação, traduzidas e incorporadas na cláusula *devido processo legal*. (...)

Observa-se, ainda, que devem ser evitados juízos precários e sem fundamentação em elementos empíricos acerca da periculosidade do agente, de modo a impedir que a natureza do crime autorize novo processo de seletividade da massa carcerária.

E complementam:

De nossa parte, entendemos **perfeitamente aceitável a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública**, desde que **fundamentada na gravidade do delito, na natureza e nos meios de execução do crime, bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação**. (...)

¹³³ Vale ressaltar que não merece prosperar o argumento de que a liberdade do infrator durante a persecução criminal poderia afetar a imagem da Justiça. Na realidade, a **imagem do Judiciário** deve ser preservada com a condução justa do processo, não cabendo ao réu suportar esse ônus com a perda, mesmo que cautelarmente, de sua liberdade.

Da mesma forma, não deve ter êxito a ideia de que a decretação preventiva possa preservar a integridade do próprio suspeito. Ora, a prisão não pode significar a alternativa de preservar a integridade física do criminoso, pois **cabe ao Estado** promover as condições necessárias para assegurá-la.

¹³⁴ Conforme FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 625-626.: A *interpretação conforme a Constituição* se revela poderoso e necessário instrumento de *revalidação* de regulações normativas de grande importância no cotidiano nacional, e cujo desaparecimento (pela invalidade, por inconstitucionalidade) causaria males de idêntica dimensão a aqueles produzidos sob seu signo (das citadas normas reputadas inconstitucionais).

Merece registro, então, e, no ponto, **a Lei nº 12.403/11** – agora, para com ela concordar –, na parte em que se prevê a possibilidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão *com o fim específico de se evitar reiteração criminosa*. É ver o art. 282, I, e o art. 319, II, VI e VII. Como se vê, no particular, vem facilitada agora a tarefa hermenêutica para a compreensão da expressão *ordem pública*.¹³⁵ (grifo nosso)

No que diz respeito à proporcionalidade, esse é o principal sustentáculo das prisões cautelares. Conforme Aury Lopes Jr., o princípio da proporcionalidade “vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.”¹³⁶ Ademais, afirma que o magistrado:

Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência.¹³⁷

Ainda explica o autor Aury Loper Jr. que o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios e, no que diz respeito às medidas cautelares, assim devem ser entendidos:

A **adequação** informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se houver alguma outra medida (inclusive de natureza cautelar real) que se presente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os graves, como *ultima ratio* do sistema.

A **necessidade** preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja. Relaciona-se, assim, com os princípios anteriores de provisoriedade e provisionalidade.

Por fim, a **proporcionalidade em sentido estrito** significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a *lógica da ponderação*. De um lado, o imenso custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes.¹³⁸ (grifo nosso)

Corroborar com esse pensamento o autor Eugênio Pacelli, nos seguintes termos:

Note-se que, tanto para as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 e art. 320, CPP), **quanto para a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP)**, estão presentes *as mesmas exigências*, quanto ao juízo de **necessidade** da restrição ao direito (garantir a aplicação da lei penal e a eficácia da investigação e da instrução criminal).

E não é só isso: a referência feita à **adequação** da providência (art. 282, II, CPP), tendo em vista a gravidade e demais circunstâncias do fato, bem como as condições pessoais do indiciado (na investigação), ou, do acusado (no processo), vem a ser, na realidade, a verdadeira *pedra de toque* do novo sistema de cautelares.

¹³⁵ FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 626-627.

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 211.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 211.

¹³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 212.

É que, agora, a regra *deverá ser* a imposição *preferencial* das outras medidas cautelares, deixando a **prisão preventiva** para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando *inadequadas ou descumpridas* aquelas (as outras medidas cautelares). Essa é, sem dúvida, a nova orientação da legislação processual penal brasileira. (...)

O que não impedirá, contudo, repita-se, que quando *inadequadas e insuficientes* as cautelares diversas da prisão, **se decrete a preventiva**, desde logo e autonomamente.¹³⁹ (grifo nosso)

E acerca da *necessidade e adequação*, merece destaque o entendimento de Pacelli:

Necessidade e adequação, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das novas medidas cautelares pessoais no processo penal. E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso *postulado*, ou *princípio* (como prefere a doutrina), da *proporcionalidade*.

(...) **O postulado da proporcionalidade**, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber:

a) (...) *proibição do excesso*, mas, também, *máxima efetividade* dos direitos fundamentais, serve de **efetivo controle de validade e do alcance das normas**, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;

b) (...) *juízo de ponderação* na escolha da norma mais adequada em caso de eventual *tensão* entre elas, ou seja, quando mais de uma norma, legal ou constitucional, se apresentar aplicável a um mesmo fato.¹⁴⁰ (grifo nosso)

Pelo exposto, a decretação do cárcere preventivo com fundamento na garantia da ordem pública deve estar alicerçada na *necessidade e adequação*, aos moldes do que resguarda o art. 282, incisos I e II, do CPP, sem esquecer, é claro do que expressa o art. 312 do CPP e dos fatos concretos que asseguram singularidade a cada caso analisado. Nesse esteio, vem a lume a *proporcionalidade* que deve ser buscada ao se utilizar essa medida cautelar. Com esse pensamento, a garantia da ordem pública recebe o escopo de acautelar o processo, o que oferece a esse fundamento o caráter instrumental de medida cautelar.

¹³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 503.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 503-504.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje, o panorama processual penal não é o mesmo de outrora. A Carta Magna de 1988 consolidou o entendimento de que o Direito deve defender os direitos e deveres (individuais, coletivos e sociais), como também as garantias processuais. Nesse passo, o viés repressivo e autoritário do CPP de 1941 deu lugar, na prática, ao garantismo que cerca o que se entende por Estado Democrático de Direito. Na realidade, as legislações na seara criminal que foram posteriores à CF/88 simbolizaram a tentativa de dar um sentido democrático ao CPP/41.

Nesse esteio, a Lei nº 12.403/11 é exemplo dessa busca incessante de fazer o sistema processual penal ir ao encontro do que apregoa a Carta Política de 1988 (pelo menos, até a vigência do novo CPP).

De forma sucinta, deve-se destacar que a Lei nº 12.403/11 entende o cárcere como solução *ultima ratio*, pois existem outras medidas cautelares (art. 319, do CPP) que podem garantir efetividade ao processo. Além disso, busca-se sempre o respeito aos princípios da presunção de inocência, da jurisdiicionalidade e da proporcionalidade.

No que se refere ao cárcere preventivo, ele deve estar adstrito aos pressupostos do *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia de aplicação da lei penal e garantia da ordem econômica), ambos descritos no art. 312, do CPP, como também às outras hipóteses de decretação do art. 282, § 4º (descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares) e § 6º (quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar).

No que diz respeito ao tema central desse trabalho, a garantia da ordem pública, vê-se que ao longo dos anos, esse conceito de certa forma impreciso, vago, quando significava tranquilidade e paz no seio social, não cumpria seu escopo de acautelar o processo, não tinha como característica a preventividade. Nesse sentido, papel de destaque teve a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial, STF e STJ, pois foram responsáveis por darem contornos mais precisos à utilização do fundamento da garantia da ordem pública, quais seja: a estrita função da prisão preventiva sob esse fundamento em oferecer efetividade ao processo.

O clamor social, muitas vezes motivo desencadeador da preventiva como garantia da ordem pública nas instâncias inferiores, perdeu força com o uso da proporcionalidade, numa interpretação conforme a Constituição, a partir da necessidade e da adequação, rigorosamente vinculadas às peculiaridades do caso concreto, nos termos do art. 282, incisos I e II, do CPP.

Vale salientar que a observação de como esse fundamento da ordem pública é visto no Direito Comparado foi importante para a construção desse novo alicerce que sustenta o mencionado fundamento da custódia preventiva.

Sem perder de vista a complexidade de tal temática, haja vista a busca incessante por justiça e muitas vezes a ausência de uma atitude mais visível por parte do Estado no alcance dessa paz social, merece

atenção o alcance do que significa, hoje, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública: a periculosidade do agente, verificada pela gravidade em concreto do crime e pelo *modus operandi* com que foi praticado o delito, como também a necessidade de aplicação da lei penal, justificam a necessidade da segregação cautelar fundamentada na garantia da ordem pública.

Logo, o que ficou realçado nesse trabalho monográfico é que, em respeito aos requisitos e natureza das medidas cautelares, da qual a prisão preventiva é uma de suas modalidades, e sem descuidar da observância dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo que sofre a persecução penal, a prisão preventiva deve estar devidamente fundamentada em fatos concretos, somente podendo ser decretada para acautelar o processo, preceitos esses alcançados com o uso da necessidade e da adequação (art. 282, incisos I e II, do CPP), principalmente, no que diz respeito ao resguardo da ordem pública.

REFERÊNCIAS

A íntegra da decisão do juiz que levou à cadeia Nardoni e Anna Carolina. **Revista Veja**, 07/05/2008, às 23:16. Disponível no sítio eletrônico <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/integra-decisao-juiz-que-levou-cadeia-nardoni-anna-carolina/>>. Acesso em 25 mai. 2012.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

ARAÚJO, Fábio Roque; TÁVORA, Nestor. **Código de processo penal para concursos**: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BIANCHINI, Alice. *et al.*; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Código de Processo Penal: Decreto-Lei nº 3.689/1941. BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848/1940.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. BRASIL. **Lei nº 5.349, de 03.11.1967**.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04.05.2011**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 92459**, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-03 PP-00544. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110848**, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 89090**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00038 EMENT VOL-02292-02 PP-00430 RTJ VOL-00203-03 PP-01175. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 89218**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00063 EMENT VOL-02295-05 PP-00808. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 154.543/PR**, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 14/02/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 165.941/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

Caso Carlinhos Cachoeira. **Wikipédia**, a enciclopédia livre. Disponível no sítio eletrônico <http://pt.wikipedia.org/wiki/Carlinhos_Cachoeira>. Acesso em 27 mai. 2012.

Caso Isabella Nardoni. **Wikipédia**, a enciclopédia livre. Disponível no sítio eletrônico <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Isabella_Nardoni>. Acesso em 25 mai. 2012.

Caso Richthofen. **Wikipédia**, a enciclopédia livre. Disponível no sítio eletrônico <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Suzane>. Acesso em 25 mai. 2012.

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

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPODIVM, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória** (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói-RJ: Impetus, 2011. 1 v.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2 v.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Emerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no processo penal** – uma abordagem sob a perspectiva dos direitos e garantias individuais. Fortaleza: ABC, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisões e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MOTA, Marcel Moraes. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais**. Fortaleza: OMNI, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *et al.*; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo e PAULA, Daniel Giotti de (coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 2. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1999. 2 v.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. v. 91. n. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002.

STJ mantém prisão preventiva de Carlinhos Cachoeira. **Jornal do Brasil**, 22/05/2012, às 17h48 - Atualizada em 22/05/2012 às 19h31. Disponível no sítio eletrônico <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/05/22/stj-mantem-prisao-preventiva-de-carlinhos-cachoeira/>>. Acesso em 27 mai. 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. São Paulo: Método, 2009.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALIZAÇÃO:

Aurum
EDITORA

CNPJ: 589029480001-12
contato@aurumeditora.com
(41) 98792-9544
Curitiba - Paraná
www.aurumeditora.com