

The background of the cover features a pair of silver metal handcuffs and a key lying on a light-colored surface. Several purple fingerprints are scattered across the surface, some overlapping the handcuffs and key. A large, dark purple triangle is superimposed over the center of the image, containing the title and author's name.

Leonardo Temístocles Nogueira

A(In)coerência entre a
Prisão Preventiva
como
Garantia da
Ordem Pública
e a
Presunção
de
Inocência



Este livro trata da possibilidade de decretação de prisões preventivas decretadas sob o fundamento da garantia da ordem pública e sua compatibilidade com o princípio constitucional da presunção de inocência. O objetivo deste estudo foi analisar se e em quais situações este fundamento da garantia da ordem pública, em verdade, presta-se a fins processuais, a justificar a segregação cautelar do acusado durante o processo, ou metaprocessuais, constituindo verdadeira execução antecipada de pena, vedada por nossa Constituição Federal vigente, sob o respaldo de nossas Cortes Superiores. Para tanto, foi necessário, inicialmente, expor a conciliação jurídica possível entre prisão cautelar e presunção de inocência, adotando como premissa o fato de serem as prisões cautelares, em sentido amplo, permitidas em nosso ordenamento jurídico. Em seguida, foi exposta a problemática da conceituação e aplicabilidade do termo “ordem pública”, historicamente ligado ao caráter policialesco e autoritário do Estado e, ainda hoje, dotado de profunda vagueza em sua significação jurídica. Por fim, partindo dessas exposições, passou-se a uma tentativa de analisar as situações em que o fundamento da garantia da ordem pública, para fins de decretação da prisão preventiva, presta-se à proteção do processo e é compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência.



**A (in)coerência entre a prisão preventiva como
garantia da ordem pública e a presunção de inocência**

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof^ª. Ma. Lília de Pieri

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

Prof^ª. Ma. Vanessa Cristina Gavião Bastos

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

A (in)coerência entre a prisão preventiva como garantia da ordem pública e a presunção de inocência

Leonardo Temístocles Nogueira



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

NOGUEIRA, Leonardo Temístocles

A (in)coerência entre a prisão preventiva como garantia da ordem pública e a presunção de inocência [recurso eletrônico] / Leonardo Temístocles Nogueira -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

64 p.

ISBN - 978-65-87340-91-3

DOI - 10.22350/9786587340913

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Prisão Preventiva; 2. Garantia da ordem pública; 3. Presunção de Inocência; 4. Código de Processo Penal; 5. Processo Penal; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Agradecimentos

Agradeço a Deus - Ele sabe por quê.

Agradeço aos meus pais e ao meu irmão - a dívida de amor que tenho com vocês, pretendo pagar também com meu amor, moeda que não aceita câmbio.

Agradeço à minha namorada - foi seu apoio diário que tornou esse trabalho uma tarefa bem mais simples de concluir.

Agradeço aos meus colegas e professores - o caminho da graduação, além de mais tortuoso, não teria a mínima graça sem vocês.

Agradeço aos meus amigos - a amizade é tudo.

Agradeço à minha orientadora - os desafios, compartilhados, não se tornam mais fáceis, mas possíveis.

Obrigado.

“Eu sou a porta. Qualquer pessoa que entrar por mim, será salva. Entrará e sairá; e encontrará pastagem”

Evangelho de João 10: 9

Lista de abreviaturas e siglas

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta da República
HC	<i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Sumário

Introdução	15
1	19
Presunção de inocência e prisões cautelares: esse lugar é pequeno demais pra nós dois?	
1.1 Presunção de inocência: breve histórico e conceituação	19
1.2 Efeitos práticos da presunção de inocência no processo penal	21
1.3 Prisões Cautelares no processo penal brasileiro	22
1.4 Prisão cautelar e presunção de inocência: como conciliar?	25
2.....	30
“Garantia da ordem pública”: conceito, significações de acordo com o contexto histórico e previsão no código de processo penal brasileiro	
2.1 O que é ordem pública?.....	30
2.2 A “ordem pública” e suas significações de acordo com o contexto histórico da época – do Império Romano às Constituições Brasileiras.....	33
2.3 “A garantia da ordem pública” no Código de Processo Penal Brasileiro	37
3.....	39
Buscando a coerência possível entre a prisão preventiva como garantia da ordem pública e o princípio da presunção de inocência	
3.1 A proteção do réu ou dos investigados	39
3.2 O clamor público, a gravidade concreta da conduta e a repercussão midiática do delito.....	42
3.3 A credibilidade das instituições de Justiça.....	49
3.4 O risco de reiteração criminosa e o grau de periculosidade do agente.....	52
Conclusão	59
Referências.....	63

Introdução

A presente pesquisa científica possui como problema central a seguinte indagação: segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, pode ser considerada uma violação ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, conforme conceituado por Flávio Martins, em sua obra “*Curso de Direito Constitucional*”, a decretação de prisão preventiva como garantia da ordem pública, prevista no art. 312 do Código de Processo Penal?

Assim, o objetivo geral do presente trabalho consiste em investigar se, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, pode ser considerada uma violação ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, conforme conceituado por Flávio Martins, em sua obra “*Curso de Direito Constitucional*”, a decretação de prisão preventiva como garantia da ordem pública, prevista no art. 312 do Código de Processo Penal.

O objetivo geral será alcançado através da análise de outros objetivos considerados específicos e que darão suporte para responder ao problema que deu origem à pesquisa. Será feita a conceituação do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, de modo a tentar delimitar seus efeitos práticos no processo penal. Também serão trazidos os conceitos de prisões cautelares em sede de processo penal e as situações que justificam sua ocorrência e, dentro destas, o conceito de prisão preventiva, bem como suas hipóteses de cabimento. Na sequência, será realizada uma análise de algumas decisões dos Tribunais Superiores quanto à decretação de prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública, e será estabelecida uma comparação com os ordenamentos jurídicos de outros países e suas previsões legais sobre prisões preventivas

como garantia da ordem pública, verificando sua compatibilidade ou não com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nosso interesse pelo tema surgiu a partir do recente julgamento do STF das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, nas quais pleiteava-se a declaração de constitucionalidade do Artigo 283 do Código de Processo Penal.

No contexto atual, de grande insegurança jurídica frente às seguidas mudanças de entendimento do Supremo em relação à possibilidade ou não de se iniciar o cumprimento de pena após a confirmação da condenação em 2ª instância, a discussão acerca da extensão prática do princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º de nossa Constituição Federal, é da maior importância.

Assim é que nossa pesquisa jurídica tem grande relevância no ramo do Direito Penal, do Direito Processual Penal e, de certa forma, do próprio Direito Constitucional, tendo em vista a necessidade de se interpretar o princípio/garantia da presunção de inocência e traçar seus contornos práticos a fim de se concluir como e até onde deve ser considerada a presunção de que o acusado não é culpado, inclusive no que diz respeito às prisões cautelares, especificamente aquelas decretadas como garantia da ordem pública.

Como base teórica para a pesquisa, utilizaremos em nossa pesquisa como referencial o Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988. Analisaremos, ainda, o que falam a respeito do tema os manuais de Processo Penal dos renomados autores Aury Lopes Jr., Eugênio Pacelli, Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci, Norberto Avena, Paulo Rangel, Renato Brasileiro de Lima, dentre outros, e em seguida, faremos uma leitura de obras específicas a respeito de medidas cautelares, tais quais a de Luiz Régis Prado e Diego Prezzi Santos, qual seja “Prisão Preventiva: a contramão da modernidade”, bem como os títulos de Odone Sanguiné, “Prisão Cautelar – Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais”, e de Aury Lopes Jr., “Prisões Cautelares”.

Ademais, serão também objeto de nossa análise algumas jurisprudências de decretação ou revogação de prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública, aproveitando para trazer à baila o que prevêem os ordenamentos jurídicos alienígenas a respeito do tema.

Quanto à metodologia, será utilizado o raciocínio dedutivo, de modo a alcançar os objetivos apresentados partindo de premissas gerais para conclusões específicas.

A leitura que serve de base para a redação da pesquisa científica terá início pelas disposições do Código de Processo Penal referente à prisão preventiva e da Constituição Federal no que diz respeito ao processo penal e à prisão, como uma forma de compreensão geral do tema em questão. Posteriormente, passa-se à leitura de manuais e doutrinas específicas, de modo a facilitar a construção de um raciocínio dedutivo. Após, passa-se à análise de artigos jurídicos, trabalhos acadêmicos e decisões judiciais para aprofundar o conhecimento acerca do instituto jurídico ora estudado.

O tipo de fichamento utilizado para o nosso estudo é o textual ou bibliográfico. Essa escolha se justifica a fim de angariar informações relevantes para a assimilação e aperfeiçoamento do projeto em questão, facilitando nosso estudo.

No primeiro capítulo, será exposto um breve histórico do princípio da presunção de inocência nos diplomas normativos e sua conceituação em linhas gerais, seguida de uma análise dos efeitos práticos do princípio da presunção de inocência no processo/procedimento penal. Na sequência, serão abordadas as prisões cautelares em sede de processo penal no Brasil, características e hipóteses de cabimento. Por fim, a conclusão trará uma intersecção entre ambos, de modo a denotar a sua coexistência e como ela pode, se é que pode, ser possível.

No segundo capítulo, será analisado o que se entende por ordem pública, serão expostas as significações assumidas pelo termo em alguns ordenamentos jurídicos ao longo da história e será trazida à baila sua previsão no Código de Processo Penal Brasileiro. Inicialmente, serão

expostas algumas concepções doutrinárias acerca do instituto. Em seguida, será trazido um breve esboço histórico das significações assumidas pelo termo ordem pública em alguns ordenamentos jurídicos ao longo do tempo, inclusive nas Constituições brasileiras. Por fim, será exposta a previsão da ordem pública no Código de Processo Penal Brasileiro, aproveitando para citar superficialmente as nuances assumidas pela ordem pública no processo penal brasileiro para fins de justificar a segregação cautelar do acusado.

No terceiro e último capítulo, serão expostas as nuances assumidas pelo termo “garantia da ordem pública” quando da decretação de prisões preventivas sob esse fundamento, trazendo lições doutrinárias e decisões jurisprudenciais que permitam explorar cada uma delas e analisar sua coerência ou não com o princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que ostentem ou não o caráter de cautelaridade necessariamente inerente às prisões cautelares ou se, em verdade, são utilizadas como verdadeiras execuções antecipadas de pena.

Presunção de inocência e prisões cautelares: esse lugar é pequeno demais pra nós dois?

Neste primeiro capítulo será exposto um breve histórico do princípio da presunção de inocência nos diplomas normativos e sua conceituação em linhas gerais, seguida de uma análise dos efeitos práticos do princípio da presunção de inocência no processo/procedimento penal. Na sequência, serão abordadas as prisões cautelares em sede de processo penal no Brasil, características e hipóteses de cabimento. Por fim, a conclusão trará uma intersecção entre ambos, de modo a denotar a sua coexistência e como ela pode, se é que pode, ser possível.

1.1 Presunção de inocência: breve histórico e conceituação

A presunção de inocência conferida ao acusado em sede de processo penal foi expressamente positivada pela primeira vez¹ na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que dispôs que “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão; todo rigor desnecessário, empregado para a imprimir, deve ser severamente reprimido pela lei”².

Posteriormente, tal princípio foi novamente disposto no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ªed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1138.

² Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 27 de março de 2020.

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.³

Em terras brasileiras, a Constituição Federal de 1988⁴ foi a primeira a prever a presunção de inocência ou de não culpabilidade como direito fundamental do indivíduo, em meio a tantos outros trazidos pelo rol do art. 5^a da Carta Magna, o qual, em seu inciso LVII, estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Conforme leciona Flávio Martins⁵:

Trata-se de um direito individual, ou liberdade pública, ou direito de primeira dimensão (segundo Karel Vasak) ou de status negativo (segundo Georg Jellinek). Dessa maneira, o Estado terá o dever principal de não fazer: de não considerar o réu culpado antes da sentença condenatória transitada em julgado.

Conquanto inserido na denominada primeira geração dos direitos fundamentais do homem⁶, o direito de não ser considerado culpado antes de esgotadas todas as instâncias e recursos judiciais e enquanto a decisão de condenação não ganhar o *status*, embora ainda condicional (sempre há revisões criminais ou coisas que as valham), de imutável, outorga ao indivíduo a prerrogativa de fazer frente ao Estado e de requerer deste uma conduta negativa, manifesta em permitir-lhe perpassar o curso processual sem condicionamentos de culpa que antecedam o julgamento definitivo e terminal.

³ Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> Acesso em 27 de março de 2020.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3^aed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1139.

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 7^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 42.

1.2 Efeitos práticos da presunção de inocência no processo penal

De se ver que, se ao réu é conferido o *status* de inocente (ou de não culpado), até prova definitiva em contrário – leia-se aqui: decisão judicial condenatória contra a qual não cabe mais nenhum recurso, por certo que tal princípio, de relevância constitucional, de aplicação cogente e direcionadora do próprio sistema processual penal, deve consubstanciar-se em efeitos práticos.

Desse princípio, portanto, decorrem algumas consequências de ordem prática e, inclusive, procedimentais e probatórias, as quais servem de baliza para a atuação dos aplicadores do Direito, a saber, o órgão acusatório, o julgador, a defesa do acusado e o próprio acusado.

Com efeito, o princípio da presunção de inocência, na perspectiva interna do processo⁷, traduz-se em norma de tratamento, a determinar que o acusado, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, seja tratado como inocente, não se lhe aplicando as disposições referentes a os sentenciados e ao cumprimento de pena, bem como em norma de prova⁸, a distribuir o ônus de demonstrar a credibilidade da acusação nas mãos daquele que a faz, presumindo-se, *prima facie*, a inocência do acusado.

No âmbito externo ao processo⁹, o *status* de inocente de que se reveste o acusado também deve ganhar contornos efetivos. O caráter estigmatizante e preconceituoso que cerca o ambiente do Direito Penal, mormente em tempos de mídias afoitas por notícias chocantes e julgamentos de grande repercussão, presta-se, ainda que em menor força, a buscar retirar dos ombros do réu a carga de culpado, ou, ao menos, a defender-lhe de um abuso por parte dos que divulgam o teor da acusação que pende contra ele.

Neste sentido aduz Roberto Delmanto Júnior¹⁰:

⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 108-109.

⁸ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p.130.

⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 109.

¹⁰ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 94-95.

O direito à presunção de inocência, portanto, afigura-se como uma pilastra do Estado Democrático de Direito, abrangendo, como referido, não só a questão do ônus da prova, mas também a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de acusado, do direito ao resguardo de sua imagem, ao silêncio que não importa em admissão de culpa, a local condigno que lhe seja destinado na sala de audiência e no plenário do Júri, o seu transporte durante a ida e o retorno do Fórum, ao não uso de algemas, salvo nos casos excepcionais de real e fundada necessidade e, por fim, a cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória. Como decorrência do princípio *favor libertatis*, incide e se irradia sobre diversos aspectos do processo penal.

Assim é que a presunção de inocência ou de não culpabilidade não diz respeito a um ânimo interno do indivíduo, seja ele alheio ao processo (um cidadão comum que apenas soube da acusação existente contra um dado sujeito) ou parte integrante dele (na forma de acusador, juiz ou defensor), a saber, no linguajar popular, se há a impressão de que o acusado seja ou não efetivamente inocente.

Tal princípio, como já exposto, deve ser interpretado na própria *praxis* forense, referendando, de fato, a proteção outorgada ao acusado frente às acusações que lhe são feitas, de ter direito a um julgamento justo e imparcial, desconsideradas as ilações e conjecturas e observadas as provas trazidas pelas partes, dispondo que o ônus da prova da acusação incumbe a quem a sustenta e que, sem prova suficiente, ninguém pode ser condenado, eis que a presunção é de inocência e não de culpabilidade.

1.3 Prisões Cautelares no processo penal brasileiro

Em nosso ordenamento jurídico, quatro são as modalidades de prisão: a) prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP¹¹); b) prisão em virtude de decisão condenatória definitiva, a denominada prisão-pena; c)

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei 3689/41, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 31 de mar. de 2020.

prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP); e d) prisão temporária (Lei 7.960/89¹²). Destas, apenas às duas últimas é atribuído o caráter de cautelaridade.

Conforme conceitua Odone Sanguiné¹³:

A prisão cautelar pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se formula uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, para garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução e, segundo uma tendência geral da legislação continental, para evitar uma tríade clássica de fatores de risco: (a) de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.

Tema que não é objeto desta discussão, a prisão temporária, que se enquadra na classificação de prisão cautelar, tem lugar quando sua decretação se mostrar imprescindível para as investigações do inquérito policial, quando o acusado não tem residência fixa ou não fornece os meios necessários à sua identificação e quando há fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria e participação do acusado no rol de crimes indicado pela Lei de Prisão Temporária, dentre os quais homicídio doloso e tráfico de drogas, por exemplo.

Tal modalidade de prisão, não obstante seja considerada cautelar em virtude de sua ocorrência no curso das investigações e antes de qualquer título executivo judicial, difere-se em muito da prisão preventiva, porquanto é decretada no curso do inquérito policial apenas e tem prazo de duração limitado por lei: 5 (cinco) dias para os crimes em geral e 30

¹² Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm > Acesso em 31 de mar. de 2020.

¹³ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.

(trinta) dias para os crimes hediondos, prorrogável, em ambos os casos, por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Muito mais utilizada que sua “colega” cautelar, a prisão preventiva, de seu turno, apresenta-se como a mais drástica das medidas cautelares previstas no CPP, que a prescreve como a *ultima ratio* dentre as medidas cautelares por ele elencadas (art. 282, §6º, CPP).

Cabível tanto em fase de inquérito quanto de ação penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (art. 311, CPP), a prisão preventiva poderá ser determinada com fundamento na 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 - *fumus comissi delicti* - e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado - *periculum libertatis* (art. 312, CPP).

Além dos fundamentos para sua decretação, a prisão preventiva, que, como já exposto, assume caráter de subsidiariedade dentre as medidas cautelares trazidas pelo CPP, tem pressupostos de cabimento bem definidos, apenas sendo admitida para crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, para os réus reincidentes e para garantir a execução das medidas protetivas de urgência nos casos de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (art. 313, CPP).

De igual modo, a prisão preventiva também será admitida quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, sendo que jamais poderá ser utilizada com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (art. 313, §§1º e 2º, CPP), bem como nas situações em que se verificar, pelas provas dos autos, a ocorrência de excludentes de ilicitude a acobertar a conduta do imputado (art. 314, CPP).

Cumprir dizer também que a decisão que decreta, denega ou substitui a prisão preventiva deve ser necessariamente motivada (art. 315, CPP), não se considerando-a assim quando mostrar-se genérica e não concertada ao caso concreto, como se espera de todo provimento judicial (art. 91, IX, da CF/1988) e, ainda mais, de decisões que versam sobre prisão (art. 283 do CPP).

Recentemente modificado, o art. 316, *caput*, do CPP dispõe também que “o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”, estatuinto ainda, em seu parágrafo único, que “decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

1.4 Prisão cautelar e presunção de inocência: como conciliar?

Toda discussão em torno das prisões cautelares, *ab initio*, deve passar por sua distinção da denominada prisão-pena, que é resultado do cumprimento de uma pena já estabelecida, fruto de uma condenação definitiva.

Neste contexto, se *nulla poena sine praevio iudicio*¹⁴, de se concluir que, conquanto ocorra no curso das investigações policiais ou da própria ação penal e antes da constituição do título executivo judicial ou da própria culpabilidade do indivíduo, por certo que às prisões cautelares não se pode emprestar o caráter de pena, sob o risco de se atentar contra os princípios fundantes da própria sistemática processual penal.

Não sendo, portanto, pena, e não se prestando aos fins que esta se presta, é mister que se esclareça a que servem as prisões cautelares e como

¹⁴ Não há pena sem prévio processo.

fazer para que, em verdade, não constituam execução antecipada de pena antes mesmo da definição acerca da culpabilidade do imputado.

Em verdade, as prisões cautelares, que, numa comparação deveras simplificada, podem ser relacionadas às tutelas cautelares em sede de processo civil, tem por objeto o processo penal em si, buscando a garantia de seu normal desenvolvimento e, por consequência, da eficaz aplicação do poder de punir¹⁵.

A esse título, assevera Odone Sanguiné¹⁶:

Com base nessa teoria geral das medidas cautelares, consolidou-se a concepção de que toda prisão provisória constituindo hipótese de privação de liberdade antecipada que não decorre de condenação, *não é pena*, mas tem necessariamente *natureza cautelar*. Trata-se de medidas “preventiva”, “provisórias”, “processuais”, melhor dito, “cautelares”, adotadas pelo juiz de forma rápida e urgente, após sumária cognição dos requisitos que as autorizam, sempre em caráter de excepcionalidade. O pensamento predominante proclama que a *prisão provisória* tem a natureza jurídica das *medidas cautelares* penais de natureza pessoal. Todavia, não se trata de instituto similar ao da tutela antecipada, prevista no art. 273, do Código de Processo Civil, por meio do qual, presente a verossimilhança, se antecipa a própria sentença de mérito, sendo possível, inclusive, a execução provisória daquilo que se espera obter na futura sentença, pois em matéria criminal, a presunção de inocência proíbe a antecipação de efeitos da sentença condenatória em desfavor do acusado e, portanto, a imposição de medida cautelar com finalidade de antecipação ou execução provisória de pena.

Quanto a isso, pode-se dizer que até os mais garantistas¹⁷, dentre os especialistas da seara criminal, à exceção de uma minoria diminuta, reconhecem a necessidade incômoda das prisões cautelares a relativizar a presunção de inocência¹⁸, desde que observados os requisitos legais para

¹⁵ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 24.

¹⁶ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 5.

¹⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 183.

¹⁸ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.

sua decretação, que sempre deve ser excepcional, enquanto regra é a liberdade¹⁹.

Exposta, portanto, a difícil elaboração argumentativa, a demonstrar a necessidade de uma medida pessoal da severidade de uma prisão, a ferir o direito a liberdade daquele cuja culpa sequer restou demonstrada, motivada por uma necessidade “do mesmo quilate de importância” de proteger a sociedade, a justificar, pra bom entendedor, o sacrifício de um em prol de muitos²⁰.

Nesta linha de ideias discorre Aury Lopes Jr²¹:

O sistema admite a coexistência entre a presunção de inocência e a exceção que é a prisão cautelar, através da observância de sua base principiológica. É o arcabouço principiológico – que estudare-mos a seguir – que dá o tom e a medida da relativização da presunção de inocência. Sabido é que nenhum princípio é absoluto, a presunção de inocência admite sua relativização através das prisões cautelares desde que observada sua base principiológica: jurisdicionalidade e motivação, contraditório quando possível, excepcionalidade, proporcionalidade, provisoriedade e provisionalidade.

De se ver que a própria Constituição Federal (art. 5º, LXI), seguida pelo Código de Processo Penal (arts. 283 e 312 e seguintes) e pela legislação extravagante (a exemplo da Lei de Prisão Temporária), prevêem e legitimam a existência da prisão cautelar, caminhando na mesma direção de diplomas normativos internacionais como a Convenção Europeia de Direitos Humanos²² (art. 5º, item 1, “c”) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos²³ (artigo 7).

Pergunta-se então: se tanto a presunção de inocência (art. 5º, LVII) quanto à possibilidade de decretação de prisões cautelares (art. 5º, LXI)

¹⁹ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 129.

²⁰ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 183.

²¹ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.

²² Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em 2 de abr. de 2020.

²³ Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em 2 de abr. de 2020.

são, de igual modo, previsões constitucionais, como conciliar a sua existência em um mesmo contexto de aplicação simultânea?

A aparente antinomia²⁴ pode ser resolvida por uma coordenação dos dois valores igualmente essenciais ao senso de justiça. Em verdade, a solução, em palavras das mais simples, está em extrair da presunção de inocência a exigência de tratamento diverso do apenado àquele cuja detenção provisória se faz necessária para a tutela do bom andamento processual e de seu resultado desejado.

Assim é que a compatibilidade entre a segregação cautelar do indivíduo ainda não julgado em definitivo com a presunção de não culpabilidade que lhe é atribuída antes do esgotamento dos recursos e instâncias judiciais só é possível se, e somente se, a sua prisão prestar-se à tutela do processo penal, como uma medida cautelar instrumental, não se lhe emprestando qualquer atributo, quer principal quer secundário, da pena decorrente da culpabilidade já formada.²⁵

Segundo a lição de Odone Sanguiné²⁶:

Em síntese, é possível harmonizar o princípio da presunção de inocência com o instituto da prisão preventiva, podendo esta ser decretada quando presentes os requisitos autorizadores, estando caracterizada, portanto, sua necessidade cautelar. O princípio constitucional da presunção de inocência não impede a utilização, pelo Poder Judiciário, de medidas preventivas, tais como a prisão cautelar, busca e apreensão, etc. Todavia, esse princípio tutelar da liberdade individual repudia presunções contrárias ao imputado, que não deverá sofrer punições antecipadas e nem ser reduzido, em sua pessoal dimensão jurídica, ao *status poenalis* do condenado. Portanto, a prisão cautelar, enquanto restrição à liberdade de alguém que se presume inocente, só se justifica durante o processo como meio de tutela de necessidades de natureza cautelar, instrumental ou final, ínsitas às finalidades últimas do processo penal, porém

²⁴ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 183.

²⁵ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 183.

²⁶ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 183.

não quando for imposta como uma forma de antecipação da pena, que somente poderá ser imposta com a sentença definitiva.

Com efeito, as prisões cautelares, assim como as demais medidas cautelares em sede de processo penal, não se justificam nem se pressupõem pela culpa que se exige para a formação do convencimento necessário ao édito condenatório.

Não se olvida que há, de fato, uma exigência de indícios de materialidade e autoria (*fumus comissi delicti*), que, somado ao perigo da liberdade do imputado (*periculum libertatis*) ao bom andamento do processo e de seu resultado útil, respaldam a decretação da prisão cautelar.

Entretanto, tal juízo preventivo que se forma, como dito, em detrimento do sujeito e em prol do processo penal e da sociedade que o legitima, em nada se confunde com o deslinde final do processo, a saber, quanto à culpabilidade do indivíduo, que, ainda que segregado cautelarmente, continuará se presumindo inocente, prevalecendo a dúvida sempre a seu favor (*in dubio pro reu*).

Eis a conciliação possível entre institutos aparentemente incompatíveis.

Nessa toada, tomando-se por base essa premissa, qual seja, a de que é compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência prender preventivamente para garantir o bom andamento do processo, quando presentes os requisitos autorizadores e sob os fundamentos já elencados, é preciso verificar como a garantia da ordem pública se insere nesse contexto, de modo a analisar a compatibilidade desse fundamento com a cláusula constitucional de não culpabilidade que é presumida ao réu antes da decisão condenatória com força de coisa julgada.

“Garantia da ordem pública”: conceito, significações de acordo com o contexto histórico e previsão no código de processo penal brasileiro

Neste segundo capítulo será analisado o que se entende por ordem pública, serão expostas as significações assumidas pelo termo em alguns ordenamentos jurídicos ao longo da história e será trazida à baila sua previsão no Código de Processo Penal Brasileiro. Inicialmente, serão expostas algumas concepções doutrinárias acerca do instituto. Em seguida, será trazido um breve esboço histórico das significações assumidas pelo termo ordem pública em alguns ordenamentos jurídicos ao longo do tempo, inclusive nas Constituições brasileiras. Por fim, será exposta a previsão da ordem pública no Código de Processo Penal Brasileiro, aproveitando para citar superficialmente as nuances assumidas pela ordem pública no processo penal brasileiro para fins de justificar a segregação cautelar do acusado.

2.1 O que é ordem pública?

Depreende-se do estudo doutrinário voltado ao tema que a noção de ordem pública ainda é cercada de indeterminação e concepções variáveis e genéricas.

Segundo a lição de Diego Prezzi Santos e Luiz Régis Prado¹:

¹ PRADO, Luiz Régis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva**: a contramão da modernidade. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 52.

A primeira verificação é da ordem pública como conceito jurídico indeterminado de caráter metajurídico. Conforme coloca o autor, não restam dúvidas acerca desta indeterminabilidade, inclusive a jurisprudência pode ser usada para demonstrar a veracidade do problema, pois costumeiramente preenche a ordem pública com sentidos igualmente indeterminados, indefinidos ou indetermináveis, iê., segurança, bons costumes, moralidade, paz social, credibilidade das instituições, tranquilidade, periculosidade e salubridade. Este universo é antigo e recorrente, culminando em magnitude variável, dependendo do momento histórico e do local, mantendo sempre, no entanto, a característica de vaguidão. É de se notar que a ciência do Direito reconhece o problema do termo e sua difusão em ordenamentos diversos e para as mais diversas coisas. É uma garrafa turva em que se coloca uma bebida qualquer. Mas há percepção de que esse preenchimento tem índole moral e social e pouco de Direito. Conquanto sua utilização seja adotada, não são festejos que se notam no pensamento jurídico, mas sim preocupações. A segunda incursão de estudo é da ordem pública como conceito contingente e relativo. Sua característica de vaguidão é produto de concepções sociais diversas, que produziram um termo que posteriormente se tornou um instituto jurídico de elementos abstratos fixos, permanentes, e elementos concretos que são variáveis e devem ser determinados com base no tempo e no espaço. A terceira exploração é da ramificação de noções amplas e restritas. Sua amplitude está ligada à concepção de que se podem sintetizar princípios sociais e bens considerados importantes para a comunidade e para a paz social. É um equivalente de estado de normalidade e ordem social afetado por um sem-número de situações. Há uma identidade com interesse geral, talvez até com interesse público.

Para Norberto Bobbio², a ordem pública pode ser vista sob duas nuances: a ordem pública material e a ordem pública constitucional.³

A ordem pública material teria por objeto a própria organização política do Estado em si⁴, inerente às matérias de Direito Público, “como

² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: UnB, 1998. v. 2, p. 851.

³ LIMA, Rafael Caetani. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o Estado inquisitivo de Direito. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. V. 5, n. 1, 2017, p. 456 - 488. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>> Acesso em 14 de abr. de 2020.

⁴ LIMA, Rafael Caetani. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o Estado inquisitivo de Direito. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. V. 5, n. 1, 2017, p. 456 - 488. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>> Acesso em 14 de abr. de 2020.

sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento”⁵.

Outrossim, a noção de ordem pública constitucional representaria um “limite ao exercício de direitos”⁶, no sentido de possibilitar a restrição de liberdades individuais, constituindo-se em salvaguarda dada pela própria Constituição à utilização da ordem pública para a ingerência excepcional do Estado nas situações em que julgar necessário, equiparando a garantia da ordem pública ao status dos demais institutos constitucionais.

Conforme Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a ideia de ordem pública têm nascedouro no poder de polícia e seu viés administrativo consubstancia-se no combate aos problemas de ordem social e à desordem, estando intrinsecamente ligado às atividades de segurança e também, mais recentemente, a temas econômicos e sociais.⁷

Ainda nesse contexto, a fim de melhor qualificá-lo, Ángel Acedo Penco⁸ elenca oito características inerentes ao conceito de ordem pública, a saber, a juridicidade, a objetividade, o fato de ser reflexo da realidade social imperante, a excepcionalidade, o caráter dinâmico e flexível que possibilita sua adaptação ideológica conforme a época e o local, a possibilidade de ser definido jurisprudencialmente, a interpretação restritiva que se lhe empresta e a função positiva promotora de direitos que lhe é inerente.⁹

⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: UnB, 1998. v. 2, p. 851.

⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: UnB, 1998. v. 2, p. 851.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104-123.

⁸ PENCO, Ángel Acedo. El orden público actual como límite a la autonomía privada de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad de Extremadura, n. 14-15, p. 323-392, 1996-1997.

⁹ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 54-56.

Em verdade, extrai-se do que até aqui exposto que, embora vaga e imprecisa¹⁰, a ideia de ordem pública, por qualquer ângulo que se veja, não se distancia muito de dois aspectos fundamentais, que, em síntese, dizem respeito à sua umbilical e escorregia relação com o caráter policalesco do Estado, no sentido de repressão a atentados contra o *status* vigente – tanto na perspectiva social quanto normativa – e, em segundo e não menos importante momento, à sua profunda vinculação à moral, tida como o conjunto de ideias predominantes de uma sociedade sobre o que sejam as ações louváveis, os ditos bons costumes e as condutas dignas de reprimenda.¹¹

2.2 A “ordem pública” e suas significações de acordo com o contexto histórico da época – do Império Romano às Constituições Brasileiras

Embora haja divergência entre os especialistas no assunto, alguns estudiosos apontam que a origem do termo “ordem pública” remonta ao período clássico do Direito Romano, que, por meio do *Ius Publicum*, estabelecia normas de caráter imperativo que se sobrepunham à vontade, ainda que contrária, das partes, consubstanciando-se em um atributo das próprias normas ao invés de um instituto autônomo.¹²

Há quem diga, porém, que o surgimento do conceito de ordem pública é bem mais recente e tem fortes ligações com o caráter policalesco¹³ que caracterizava os governos europeus no período imediatamente anterior à formação dos estados modernos constitucionais.

¹⁰ FERREIRA, Daniel de Lima. Da subjetividade e “vagueza do termo “ordem pública e a consequente violação ao princípio da estrita legalidade da lei penal. **International Center for Criminal Studies**, 2018. Disponível em: <<http://iccs.com.br/da-subjetividade-e-vagueza-termo-ordem-publica-e-consequente-violacao-ao-principio-da-estrita-legalidade-da-lei-penal-daniel-de-lima-ferreira/>>. Acesso em 14 de abr. de 2020.

¹¹ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

¹² PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

¹³ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

Nesse sentido discorrem Diego Prezzi Santos e Luiz Régis Prado¹⁴:

A história da expressão ordem pública em ordenamentos jurídicos é posterior aos possíveis antecedentes romanos e aos deveres dos reis e príncipes, sendo ainda coligada com a atividade policial e não com o Poder Judiciário. Conforme François Godicheau, o *Traité de Police* francês de Nicolas Delamare datado de 1705 é uma primeira referência de normas a usar a expressão “orden público”, vista várias vezes no documento, especialmente no Livro I, Título IV e Capítulo VI. Outros diversos documentos legais que tratavam da polícia urbana fizeram menção ao conceito na primeira metade do século XVIII, como o *Recueil des documents sur la Police Formé par Dupré e Commissaire au Châtelet de Paris*. Após o motim de Esquilache de 1766, ocorrido em Madri, textos franceses e também alemães sobre a atuação e funcionamento da polícia foram traduzidos e levados para a Espanha e motivaram modificações legislativas, tais como a *Cartas sobre la policia de 1801* de autoria de Valentín de Foronda, a tradução do texto de Jacob Friedrich, o Barão de Bielfeld, entre 1767 e 1781 por Domingo de la Torre y Mollinedo, a tradução do texto de Von Justi feita em 1784 por Puig de Gelabert e, entre 1798 e 1805, Tomas de Valeriola publica seu *Tratado de policia o Idea general de policia*.

Nesse país, na década de 1780, observam-se vários documentos legais mencionando “orden público”. No entanto, desde a Pragmática Sanción de 17 de abril de 1744, tal termo foi citado na linguagem atual, também constando as expressões tranquilidade pública e sossego público. Embora esse e os textos precitados também fizessem menção à polícia urbana, não se referiam somente à atividade policial e sim à vida em sociedade, estabelecendo limites e regulamentações para religião, moral, jogos violentos, armas de fogo, comércio, indústrias, barulho noturno, proteção contra ladrões, assassinos, proibições de rumores, de livros, entre outras situações. Percebe-se que eram estabelecidos regramentos para o cotidiano e as intervenções policiais nos casos de seu descumprimento.

De se ver que “o desenvolvimento da ordem pública naquele período se deu em âmbito policial e de segurança pública, sendo que a interpretação estatal sobre a desordem possibilitava o uso da força para se restabelecer a paz social”.¹⁵

¹⁴ PRADO, Luiz Régis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 37.

¹⁵ LEONARDI, Lucas Cavini. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2019, p. 107.

Mais adiante, já em meados do século do século XVIII, a ideia de ordem pública passa a se relacionar também com o Direito Internacional, passando a significar a soberania estatal de aplicar suas próprias normas em seu próprio território.¹⁶

Ainda mais recentemente, a ordem pública também tem sido usada para justificar a limitação legal de direitos individuais em prol de uma coletividade ou de um interesse geral da sociedade democrática de um estado soberano¹⁷, conforme dispõe o inciso II do art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁸:

No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

De se ver, pois, que, desde suas primeiras aparições enquanto conceito jurídico, o termo ordem pública relaciona-se à ideia de “restabelecimento da ordem abalada, em razão do descumprimento dos regramentos estabelecidos”¹⁹, de modo a justificar a intervenção estatal excepcional na vida privada quando os indivíduos, por suas condutas, tidas como reprováveis pelo Estado, intentarem violações ao cumprimento das normas vigentes provocadoras de um sentimento de desordem.

Também assim, desde que passou a encontrar previsão no ordenamento jurídico brasileiro, a ordem pública está atrelada a uma espécie de autorização para a interferência estatal, mormente na sua forma policial, na liberdade individual, a fim de sanar alguma ameaça ou violação à dita ordem pública.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 40.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 44.

¹⁸ Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> > Acesso em 7 de abr. de 2020.

¹⁹ LEONARDI, Lucas Cavini. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2019, p. 107.

Logo no início da República, o art. 72, § 8º, da Constituição Federal de 1891²⁰ permitia a intervenção policial para assegurar a associação e reunião somente para proteção da ordem pública.

Mais adiante, em 1946, o texto constitucional, em seu art. 141, §7º²¹, garantia a inviolabilidade de consciência e crença, bem como seu exercício, autorizando sua possível limitação na hipótese do exercício de tal direito contrariar a ordem pública ou os bons costumes.

Também a Constituição brasileira de 1967, outorgada pelos militares, em seu art. 150, §5º²², garantia a liberdade de consciência, desde que não fosse contrária à ordem pública e aos bons costumes.

Por fim, a atual Constituição Federal de 1988 também menciona a ordem pública algumas vezes, nos seus arts. 34 - que prevê a possibilidade intervenção federal nos estados para encerrar grave comprometimento da ordem pública²³ - 136 - que dispõe sobre o estado de defesa em problemas à ordem pública²⁴ - e 144, que trata da segurança como direito fundamental e dever do Estado, das atribuições da polícia federal e da polícia militar como entidades que devem zelar pela ordem pública.²⁵

A esse respeito, discorre Ana Paula de Barcelos²⁶:

²⁰ CF de 1891, art. 72, §8º: “A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao01.htm> Acesso em 15 de abr. de 2020.

²¹ CF de 1946, art. 141, §7º: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 15 de abr. de 2020.

²² CF de 1967, art. 150, §5º: “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em 15 de abr. de 2020.

²³ CF de 1988, art. 34, §3º: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”.

²⁴ CF de 1988, art. 136: “O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.”

²⁵ CF de 1988, art. 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...).”

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.169.

(...)a segurança pública é igualmente um direito das pessoas e das comunidades. Há a segurança externa, a proteção contra agressões de outros Estados, cujo zelo é atribuição principal das Forças Armadas (CF, art. 142). Há a segurança interna, consistente na manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, para cuja promoção existe a autoridade policial (CF, art. 144).

Veja-se, mais uma vez, a estreita correlação entre a ordem pública e o poder de polícia do Estado.

2.3 “A garantia da ordem pública” no Código de Processo Penal Brasileiro

Na esfera processual penal, a noção de ordem pública “como fundamento da prisão preventiva é efetivamente o de segurança, o policial, mas que agora se tornou jurisdicional.”²⁷

O Código de Processo Penal Brasileiro, que data de 1941, trouxe forte influência da ditadura varguista, a saber, pelos seus ideais autoritários, que permitiam ao juiz a valoração do termo ordem pública de acordo com aquilo que, nos ditames do Estado, fosse considerado como atentado à segurança pública, sem que houvesse uma definição legal do que poderia ser efetivamente considerado como violação à ordem pública, fenômeno esse que causa a insegurança jurídica presente até hoje em relação ao tema.²⁸

Assim é que, não obstante os arts. 312 e 313 do CPP, respectivamente, prescrevam os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva – *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* – e as hipóteses de cabimento da prisão preventiva – crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, réu reincidente e garantia da execução das medidas protetivas de urgência se o crime envolver violência

²⁷ LEONARDI, Lucas Cavini. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2019, p. 110.

²⁸ LEONARDI, Lucas Cavini. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2019, p. 110.

doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência – verifica-se que o sentido do termo ordem pública, que não é atribuído pelo próprio Código, é relegado ao julgador no momento da análise do caso concreto.

Na prática, diante da ausência de um sentido objetivamente definido para o termo, verifica-se que o fundamento da garantia da ordem pública tem sido usado para justificar a segregação cautelar do agente nas mais variadas situações, não necessariamente ligadas entre si.

Dentro desse leque de argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência pátrias como hipóteses em que a garantia da ordem pública deve fundamentar a decretação da prisão preventiva, encontram-se o clamor público e a repercussão midiática do delito; a necessidade de resguardar credibilidade das instituições de Justiça; a periculosidade do agente; o risco de reiteração criminosa; a gravidade concreta do delito; e a proteção do réu e/ou dos investigados, que, mais adiante, serão explorados um a um.

Ante o exposto e, tomando por base raciocínio apresentado no capítulo anterior, no qual se concluiu, em síntese, pela possibilidade de coexistência constitucionalmente coerente entre prisões cautelares e presunção de inocência, coloca-se em xeque a constitucionalidade das prisões preventivas quando decretadas sob o fundamento da garantia da ordem pública, a saber, se são, de fato, medidas cautelares propriamente ditas ou se têm caráter de pena com as finalidades precípua desta, em flagrante desrespeito à presunção de não culpabilidade que reveste o réu antes da formação da coisa julgada.

Buscando a coerência possível entre a prisão preventiva como garantia da ordem pública e o princípio da presunção de inocência

Neste terceiro capítulo serão expostas as nuances assumidas pelo termo “garantia da ordem pública” quando da decretação de prisões preventivas sob esse fundamento, trazendo lições doutrinárias e decisões jurisprudenciais que permitam explorar cada uma delas e analisar sua coerência ou não com o princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que ostentem ou não o caráter de cautelaridade necessariamente inerente às prisões cautelares ou se, em verdade, são utilizadas como verdadeiras execuções antecipadas de pena.

3.1 A proteção do réu ou dos investigados

Hoje refutado pela doutrina e jurisprudência majoritárias, já vigorou entendimento de que seria válido prender preventivamente o acusado para resguardar-lhe a integridade física.

O Código de Processo Penal Francês¹, em seu art. 144, §4º, ainda prevê a proteção da pessoa acusada como uma das hipóteses de decretação da prisão cautelar.

¹ Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=31BF858B36E62A5BB05A3283201AE648.tplgfr42s_2?idSectionTA=LEGISCTA000021331519&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20180328> Acesso em 29 de abr. de 2020.

Também nessa toada dispõe o art. 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente²:

Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Embora já tenha sido aceita pela jurisprudência brasileira em um determinado período, a prisão preventiva com fundamento em resguardar a integridade do agente já perdeu espaço há bastante tempo em nosso sistema processual penal, sendo uma unanimidade dentro de nossa Corte Constitucional o entendimento de que tal modalidade de segregação cautelar não encontra amparo na Carta da República.³

Já em 1983, em caso *sui generis*, o STF manifestou-se nesse sentido. À época, o prefeito do Município de São Benedito do Sul/PE, acusado de homicídio, procurou a Delegacia da cidade para requerer providências em prol de sua segurança pessoal e teve a custódia preventiva decretada para esse fim.⁴

Na ocasião, a Corte Suprema afirmou que “não serve para fundamentar o decreto de prisão preventiva, como garantia da ordem pública, o fato de o paciente haver solicitado, a autoridade policial, providências para a segurança pessoal”, concluindo que “não é possível dar garantia pessoal a alguém, mandando-o para a prisão”⁵.

² BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em 30 de abr. de 2020.

³ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 167.

⁴ Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/732203/habeas-corpus-hc-60255-pe/inteiro-teor-100448833?ref=juris-tabs>> Acesso em 30 de abr. de 2020.

⁵ Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/732203/habeas-corpus-hc-60255-pe/inteiro-teor-100448833?ref=juris-tabs>> Acesso em 30 de abr. de 2020.

Este entendimento foi reafirmado por diversas vezes pelo Supremo. Recentemente, no ano de 2009, em caso de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, decidiu-se, nos termos do voto do relator, que “ninguém pode ser preso para a sua própria proteção” (HC 100.863/SP).⁶

Na hipótese, tratava-se de delito que ocorreu numa praça da pequena cidade de Guareí/SP, em que o acusado teria assassinado a vítima com uma faca de cozinha, segundo sua defesa, agindo sob legítima defesa. A fundamentação da decisão que determinou a prisão do acusado estava vinculada ao clamor social causado pelo crime que colocava em risco a integridade física do próprio acusado, o qual poderia vir a ser vítima de linchamento, pelo que necessária sua segregação.⁷

A doutrina também é veemente quanto à impossibilidade de prisões preventivas sob tal viés.

Segundo Nucci, não deve ser aceito “o argumento de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto da vingança de terceiros, inclusive de parentes da vítima”⁸, concluindo o r. autor que “cabe ao indiciado ou réu procurar a melhor maneira de se proteger, se for o caso, mas não se pode utilizar a custódia cautelar para esse mister”.⁹

Na mesma linha assevera Renato Brasileiro de Lima¹⁰:

(...) também não se pode dizer que o clamor público no sentido da população revoltar-se contra o suspeito e querer linchá-lo autorize a decretação de sua prisão preventiva. Ora, o Estado tem a obrigação de garantir a integridade física e mental do acusado. Segregá-lo, cautelarmente, a fim de assegurar sua integridade física e mental, significa o completo desvirtuamento da tutela

⁶ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117380> > Acesso em 30 de abr. de 2020.

⁷ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117380> > Acesso em 30 de abr. de 2020.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodium, 2016, p. 1299.

cautelar, em evidente desvio de finalidade. Significa o reconhecimento da incompetência dos poderes constituídos, colocando sobre os ombros do suspeito todo o ônus da desídia do Estado em manter a ordem e a paz no seio da sociedade.

Em verdade, não se pode admitir que, em um Estado Democrático de Direito, o indivíduo seja preso para que tenha sua integridade física preservada.

Ora, incumbe ao próprio Estado assegurar a segurança do indivíduo, assim como de todos os cidadãos, aqui inclusos os acusados e até mesmo aqueles que já estão em plena execução de pena, sob a guarda estatal.

Outrossim, se, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, prender é exceção, enquanto a liberdade é a regra, e se a prisão cautelar, em síntese, presta-se ao processo, justificando um sacrifício do direito individual do acusado em prol do direito da sociedade na prestação jurisdicional que se encontra ameaçada, segregar o acusado lastreando-se apenas no intuito de assegurar sua proteção contra vinganças privadas, é deformar o instituto da prisão preventiva e ferir de morte o princípio constitucional da presunção de inocência, por meio do qual se impede que o sujeito seja preventivamente segregado por razões alheias à proteção do processo, como aqui já se sustentou anteriormente.

Ademais, cumpre observar: se cadeia for sinônimo de mais proteção e segurança, ai de nós que estamos soltos!

3.2 O clamor público, a gravidade concreta da conduta e a repercussão midiática do delito

O Juízo Criminal lida, no mais das vezes, no cotidiano, na rotina comum dos processos forenses, com pequenos delitos e criminosos de pouca monta, a saber, furtadores, pequenos traficantes, receptadores, viciados, etc.

Outrossim, também há, e não é de hoje, delitos cuja forma de execução e/ou o resultado obtido, por tamanha barbárie e crueldade, causam repulsa social e um clamor público por justiça.

Nesse contexto, não havendo um suspeito, a tendência será buscar o autor, perseguir-lo, investigar, inquirir e reinquirir testemunhas, periciar provas e examinar o local do delito a fim de desvendar o mistério da autoria delitiva.

A pergunta é: se há um suspeito do delito e contra ele pendem indícios de autoria, sua prisão preventiva deve ser decretada automaticamente para saciar a ânsia popular por vingança? O clamor social, *per si*, é fundamento idôneo para ilidir a presunção de inocência de que se reveste o acusado e justificar a decretação de sua prisão “cautelar”.

Eis a parábola: o vigário, reputação ilibada, por óbvio primário e de bons antecedentes, assassina cruelmente um dos fiéis logo após a missa, a sangue frio, e, não satisfeito, coloca sua cabeça sob a escadaria da igreja. Por ineficiência da Polícia, o vigário, que tem endereço fixo e labor idôneo¹¹, não é preso em flagrante, mas confessa o crime, sendo que, durante o período em que a Polícia ainda sequer imaginava ser ele o autor, não prejudicou de nenhum modo a instrução criminal, tampouco demonstrou intuito de fugir.

Após descobrir ser ele o autor, a população passa a linchar a igreja e clama por justiça e pela imediata prisão do vigário. O que fazer?

Em verdade, tem-se aqui um caso extremo, mas não muito diferente do que se vê na realidade.

De se ver que, no julgamento do HC 101.537/MS, datado de 11/102011, a Primeira Turma do STF, então composta pelos Ministros Carmen Lúcia, Dias Tóffoli, Luis Fux e Marco Aurélio, firmou tese no seguinte sentido¹²:

¹¹ No âmbito dos Tribunais Superiores, tem sido reiterado o entendimento de que “condições favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituírem a custódia processual, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema” (STJ, HC 204.355/ES, DJ 28.06.2011).

¹² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629604>> Acesso em 22 de abr. de 2020.

PRISÃO PREVENTIVA - EPISÓDIO - REPERCUSSÃO NACIONAL E SENTIMENTO DA SOCIEDADE.

Nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade lastreiam a custódia preventiva.

(STF - HC: 101537 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 11/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-216 DIVULG 11-11-2011 PUBLIC 14-11-2011 EMENT VOL-02625-01 PP-00046)

A decisão foi baseada no voto do Min. Marco Aurélio, relator do caso que, em síntese, afirmou que, em um Estado Democrático de Direito, o sentimento de indignação da sociedade não pode servir para fundamentar uma punição “a ferro e fogo”, cumprindo observar a legislação em vigor.

Também neste sentido é a lição de Odone Sanguiné¹³ que sustenta ser inconstitucional e alheia à ideia de um Estado Democrático de Direito a decretação de prisões preventivas para aplacar o clamor público e reestabelecer o sentimento de confiança social no ordenamento jurídico.

Ainda segundo Sanguiné¹⁴, assim conceber seria atribuir à segregação cautelar os efeitos e a finalidade que são inerentes ao cumprimento de pena, servindo para a prevenção da prática delitiva e não ao processo, entendimento que não se coaduna com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Na mesma linha de ideias discorreu o Ministro Celso de Melo, relator do HC 89.501, julgado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵:

(...) O clamor público, ainda que se trate de crime hediondo, não constitui, só por si, fator de legitimação da privação cautelar da liberdade . O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade . O

¹³ SANGUINÉ, Odone. A **inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In Revista de Estudos Criminais, n. 10, p.114.

¹⁴ SANGUINÉ, Odone. A **inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In Revista de Estudos Criminais, n. 10, p.114.

¹⁵ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409786> > Acesso em 27 de abr. de 2020.

clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art . 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art . 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal . Precedentes . A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu (...) (HC 89 .501, Goiás, Segunda Turma, rel . Min . Celso de Mello, j . 12-12-2006)

Questão importante também é levantada por Aury Lopes Jr. em relação ao risco de “manipulação pelos meios de comunicação de massas, fazendo com que a dita opinião pública não passe de mera opinião publicada, com evidentes prejuízos para todos”.¹⁶

Tourinho Filho também chama a atenção para o risco de que, não somente a mídia, mas o próprio juiz e o Ministério Público criem a dita “opinião pública” a respeito da gravidade do delito, opinião esta que, sob o nome de “pública”, não passa de entendimento pessoal daquele aplicador do Direito, o que não se deve admitir.¹⁷

Lado outro, não se olvida que hajam entendimentos em sentido contrário, como é o caso de Roberto Delmanto Júnior, mormente a justificar a segregação cautelar do agente quando “as peculiaridades sejam repugnantes, situações em que se vislumbra maldade, sadismo, humilhação, com o emprego gratuito de violência física ou psíquica, ou seja, em que o modus operandi do agente revele concreta periculosidade”.¹⁸

Nesta direção também já se posicionaram os Tribunais Superiores:

A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de ser idônea a prisão decretada com base em fatos concretos observados pelo juiz na instrução processual, notadamente a periculosidade, não só em razão da gravidade do

¹⁶ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 650.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 673.

¹⁸ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 333.

crime, mas também do *modus operandi* da conduta delituosa (STF, Segunda Turma, HC 124.562, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24-3-2015, DJE 24-4-2015)¹⁹

(...) Se a conduta do agente – seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime – revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despidendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade” (STJ, Quinta Turma, RHC 47.871/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21-8-2014, DJE 28-8-2014)²⁰.

Segundo esta vertente, nos delitos cujo *modus operandi* cria um abalo social relevante, a saber por ostentar requintes de crueldade perpetrada pelo agente, seria possível decretar sua prisão preventiva para a garantia da ordem pública a fim de acalmar os ânimos da sociedade e segregar um sujeito, que, pelo modo que executou o crime, apresentaria um perigo evidente para a sociedade.

A ordem de custódia estaria fundada, portanto, tanto na gravidade concreta do delito quanto no profundo abalo social causado pela conduta criminosa cuja execução revele especial barbárie, desconsideradas as condições pessoais favoráveis ostentadas pelo agente antes da prática do delito.

Interessante trazer à baila o posicionamento apresentado pelo Ministro Paulo Medina durante o julgamento do Habeas Corpus 34.673/RS perante a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça²¹:

“Preocupo-me muito quando as prisões são decretadas sob o enfoque do clamor público, especialmente, no sentido diverso dos argumentados expostos nas cidades pequenas. Qualquer fato grave, ou não, repercute de forma intensa numa cidade menor. Não é o crime de maior gravidade o fato de um grave crime ter sido cometido em uma cidade pequena. Claro que a repercussão é maior, mas, nem por isso, exige-se a custódia preventiva, pois o que a exige,

¹⁹ Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/diariojustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=76&dataPublicacaoDj=24/04/2015&incidente=4644830&codCapitulo=5&numMateria=54&codMateria=3> > Acesso em 27 de abr. de 2020.

²⁰ Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25252409/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-hc-47871-rj-2014-0115345-5-stj/certidao-de-julgamento-25252412?ref=serp> > Acesso em 27 de abr. de 2020.

²¹ Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7196870/habeas-corpus-hc-34673-rs-2004-0047015-3-stj/relatorio-e-voto-12942570> > Acesso em 27 de abr. de 2020.

por exemplo, o enfoque da aplicação da Lei Penal. Portanto o argumento de que o clamor público ocorreu – facilmente ocorreria em cidade pequena – não autoriza a custódia preventiva. É um risco muito grande estarmos a decidir imbuídos, de certo modo, pelo clamor público. O clamor público é um vento que sopra mais forte de um lado ou mais forte de lado diverso, apesar do vento ser sempre forte contra crimes graves. Mas não é ele que autoriza a custódia preventiva; é ele, sim, e mais a instrução criminal; é ele, sim, e mais o risco da aplicação da Lei Penal. [...] Por outro lado, mencionou-se que à gravidade do crime é de se somar o clamor público. Qualquer fato grave, ou não, repercute de forma intensa numa cidade menor. Não é crime de maior gravidade o fato de um grave crime ter sido cometido em uma cidade pequena. Claro que a repercussão é maior, mas, nem sempre isso, exige-se custódia preventiva, pois a exigência seria, por exemplo, o enfoque da aplicação da lei penal. Portanto, o argumento de que o clamor público ocorreu – facilmente ocorreria em cidade pequena – não autoriza a custódia preventiva. É um risco muito grande estarmos a decidir imbuídos, de certo modo, pelo clamor público. Mas para isso não podemos presumir o risco da instrução criminal; não podemos presumir o risco da aplicação da Lei Penal, ao contrário, a paciente, ao que disse, tem passado favorável, é primária, tem residência fixa. Se isso não é valor para evitar a prisão preventiva, forma um somatório capaz de arrefecer, de mitigar, de fazer esmaecer a periculosidade que se quis ao se colocar em liberdade a mulher [...].”

Com efeito, ainda que se decida adotar esse ângulo da questão, não há como se negar que, em assim aplicando a prisão preventiva, como meio de sanar a ânsia popular por justiça contra aquele que, nunca tendo cometido qualquer crime e ostentando condições pessoais favoráveis, tem contra si indícios de autoria de um crime bárbaro – é o caso do vigário da parábola narrada – sem a presença de riscos ao processo em si com a liberdade do acusado, o que se terá, em verdade, será uma execução antecipada de pena, ao arrepio do princípio constitucional da presunção de inocência.

Outrossim, é preciso reconhecer que, de fato, a sensação de impunidade causada pela liberdade daquele contra quem pende uma acusação cristalina, por vezes confessa, de um crime de especial gravidade concreta, por seus meios de execução cruéis, e não por elementares

inerentes ao próprio tipo penal, na dita gravidade em abstrato do delito, não pode prosperar, sob pena de se construir um processo penal fraco e incapaz de alcançar os seus fins, dentre os quais se inserem a paz e a prevenção geral de práticas criminosas.

Em pequenas comunidades, o cuidado precisa ser ainda maior. Como bem exposto pelo Min. Paulo Medina no voto acima transcrito, em cidades menores, qualquer delito mais grave tende a assumir os contornos de uma verdadeira barbárie, a justificar a prisão do suspeito, seja ele quem for.

Ademais, há que se dar a mídia e à opinião pública o seu papel adequado, qual seja o de elementos alheios ao processo e que não devem influenciar a tomada de decisão do julgador, cujas balizas de fundamentação jurídica não podem estar vinculadas ao desejo popular ou às reproduções midiáticas, sob pena de violação aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito e, assim também, do Direito Penal.

Em síntese: a prisão preventiva do agente não pode lastrear-se pura e simplesmente na repercussão midiática ou no clamor social por justiça causados pelo delito, sob pena de se transformá-la em “circo” para o povo.

Entretanto, há que se ver que alguns crimes, pela repulsa e aversão aos valores fundamentais que provocam, indicam, pelo modo em que foram executados, a periculosidade do acusado, aqui medida não com base em ilações, mas pelos elementos concretos já evidenciados ao tempo da ordem de custódia.

É essa periculosidade, demonstrada pela gravidade concreta do delito, que, em situações excepcionais, deve ser considerada para fins de decretação de prisões preventivas com fundamento na garantia da ordem pública, que será realmente abalada com a liberdade de um indivíduo que fora capaz de tamanha bárbarie, ao menos até que se apurem devidamente as circunstâncias do fato, bem como o risco concreto representado pelo acusado à sociedade.

Tal juízo de periculosidade, que deve estar sempre firmado em concretudes e argumentos de verificabilidade objetivamente demonstrável, a fundamentar a ordem de custódia cautelar do agente, em

nada, porém, se confunde com a culpabilidade que será analisada ao cabo do processo quando da prolação da sentença final, prevalecendo, mesmo nestes casos, a presunção de inocência que cerca o acusado, e não uma eventual pré disposição no afã de fazer “justiça” a qualquer custo.

3.3 A credibilidade das instituições de Justiça

Há também quem defenda que uma das funções prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública seja a de resguardar a credibilidade das instituições de Justiça, a saber, o de reforçar a sua força e confiabilidade, a crença de que, de fato, os delinquentes são punidos e, assim, se faz justiça.²²

A Suprema Corte já reconheceu a possibilidade de prisão preventiva sob esse viés²³:

Estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, uma vez que existe prova da materialidade de delito de corrupção ativa (art 333 do CP) e de quadrilha ou bando (art 288 do CP), e do crime previsto no art 4º, inc. I da Lei nº 1.579/52, além de indícios suficientes de autoria destes delitos (fls. 05/54 e fls. 16/62 e 166 dos autos nº 2004.61.81.3735-5 em apenso). Além disso, constato presentes “in casu” os requisitos ensejadores da prisão cautelar. Vejamos. De início, impende ressaltar que a conduta criminosa irrogada é aterradora e extremamente grave. Os requeridos, persistindo no intento de manterem sua atividade criminosa, animaram-se a tentar corromper servidor público federal, para que permanecessem imunes à repressão estatal: revelam, assim, possuírem personalidades temerárias e audaciosas, incompatíveis com a vida comunitária, recomendando sejam segregados cautelarmente para garantir a ordem pública. Ademais, a conduta por eles desenvolvida abala a credibilidade de um dos Poderes da República, já que os requeridos, pela prova produzida, ofereceram vantagem patrimonial a Deputado Federal, presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito – uma das mais relevantes instâncias de investigação do Estado Brasileiro –,

²² LEONARDI, Lucas Cavini. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2019, p. 130.

²³ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoMarcoAurelioHC85298.pdf>> Acesso em 28 de abr. de 2020.

objetivando que LAW KING CHONG e seus familiares fossem beneficiados no relatório final da aludida Comissão, o que sem dúvida põe em risco a ordem pública. Com efeito, a conduta dos requeridos, procurando ilicitamente interferir nos trabalhos de CPI, gera intranquilidade social e atinge a boa reputação de prestigiado órgão do Poder Legislativo (artigo 58, § 3º, da Constituição Federal), causando comoção popular, afigurando-se, neste contexto, necessária a decretação das prisões preventivas requeridas, como forma de acautelar o meio social.(QO em HC nº 85.298-SP, Rel. para o acórdão, Min. Carlos Britto).

Para Guilherme de Souza Nucci, a “afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário”, de modo que, ocorrendo um crime grave, que provoque evidente abalo social, praticado por indivíduo reincidente ou que ostente maus antecedentes, a decretação da prisão preventiva está legitimada.²⁴

Ainda segundo Nucci, não é obrigatória a concorrência de mais de um requisito para a decretação da prisão preventiva do agente, a saber, ser ele reincidente, ter praticado um crime grave e causador de comoção pública, sendo suficiente, excepcionalmente, a ocorrência de um crime de especial crueldade, como o assassinato meticuloso dos próprios pais, crime gerador de profunda repulsa social, para que, mesmo o agente primário e sem antecedentes, possa ter sua prisão cautelar decretada, a fim de não se instaurar uma “malfadada sensação de impunidade, incentivadora da violência e da prática de crimes em geral.”²⁵

Também a este entendimento filia-se Fernando Capez, o qual sustenta que, em delitos brutais, que causam comoção social, havendo indícios de autoria e materialidade, a decretação da prisão do agente antes do trânsito em julgado é conveniente para que não se crie uma impressão de impunidade e descrédito nas instituições pela demora na prestação jurisdicional.²⁶

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279.

Em sentido oposto leciona Aury Lopes Jr.²⁷:

Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argu-mentação sobre a necessidade da segregação para o “restabelecimen-to da credibilidade das instituições”. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um também grave retrocesso para o estado policial e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado. No mais das vezes, esse discurso é sintoma de que estamos diante de um juiz “comprometido com a verdade”, ou seja, alguém que, julgando-se do bem (e não se discutem as boas intenções), emprega uma cruzada contra os hereges, abandonando o que há de mais digno na magistratura, que é o papel de garantidor dos direitos fundamentais do imputado.

Nesta ordem de ideias manifestou-se o Min. Teori Zavaski no julgamento da Ação Cautelar nº 4.173, em 14/06/2016²⁸:

(...)De igual modo, a jurisprudência do Tribunal tem orientação segura de que, em princípio, não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, “nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade” (...) a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito à ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador.

²⁷ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 122.

²⁸ Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=125&dataPublicacaoDj=17/06/2016&incidente=4987795&codCapitulo=6&numMateria=93&codMateria=2> > Acesso em 28 de abr. de 2020.

Com efeito, admitir que a prisão cautelar sirva apenas para acautelar os ânimos populares e “reestabelecer” a crença da sociedade nas instituições de Justiça, ausentes demais elementos que justifiquem a segregação preventiva do agente, é lançar mão de verdadeira execução antecipada de pena, vedada pelo princípio da presunção de inocência, de alçada constitucional.

Segundo Odoné SANGUINÉ, sustentar que a prisão preventiva sirva para reforçar a “exemplaridade” de punição e como meio de efetivo combate à criminalidade é fazer dela meio de cumprimento de pena antecipada, extrapolando a natureza cautelar do instituto.²⁹

Ademais, transformar a prisão preventiva em verdadeiro meio de prevenção de criminalidade e de fortalecimento das instituições de Justiça perante a população consubstancia não somente um retrocesso civilizatório³⁰, como, em verdade, acaba, por via reflexa, enfraquecendo, a médio e longo prazo, a força e a autoridade da Administração da Justiça e de suas autoridades, que precisam prender a qualquer custo para manterem o poder que lhes é inerente e não depende de demonstrações gratuitas.

A ordem de prisão não pode prestar-se a proteger a credibilidade das instituições de justiça, porquanto não há previsão legal para que assim seja feito. Ausentes elementos que permitam demonstrar o *periculum libertatis* e o efetivo risco à ordem pública, baseado em elementos concretos do agente ou de sua conduta, e não na mera subjetividade da lesão à credibilidade de um ou outro órgão, a ordem de custódia padecerá de flagrante inconstitucionalidade.

3.4 O risco de reiteração criminosa e o grau de periculosidade do agente

²⁹ SANGUINE, Odone. A **inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In Revista de Estudos Criminais, n. 10, p. 113-115.

³⁰ LEONARDI, Lucas Cavini. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2019, p. 131.

Hodiernamente, o fundamento da garantia da ordem pública está profundamente vinculado ao conceito de periculosidade do indivíduo e ao risco de continuidade deste na prática delituosa, se mantido em liberdade.

Tal significação conferida ao termo “ordem pública” é a mais difundida pela doutrina e pela jurisprudência como fundamento idôneo para a decretação de prisões preventivas sob esse viés.

Nesse sentido é a lição de Nucci³¹:

Outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade (probabilidade de tornar a cometer delitos) demonstrada pelo indiciado ou réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime. Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta, por exemplo, péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime.

Também é esse o entendimento de Renato Brasileiro de Lima para quem “a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente”³².

Nossos Tribunais Superiores, já de há muito tempo, tem se posicionado pela idoneidade dessa linha de fundamentação para justificar a segregação cautelar do agente^{33 34}:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. 1. A presunção de inocência, ou de não

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodium, 2016, p. 1296.

³³ Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22021291/habeas-corpus-hc-106856-pa-stf?ref=serp>> Acesso em 05 de maio de 2020.

³⁴ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=PRIS%C3O+PREVENTIVA+ORDEM+P%DABLICA+PERICULOSIDADE+E+REITERA%C7%C3O&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INF&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 05 de maio de 2020.

culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas sejam necessárias e não prodigalizadas. Em absoluto constitui véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser conhecido e valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. 2. Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam o envolvimento profundo do agente com o tráfico de drogas e, por conseguinte, a periculosidade e o risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. 3. O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis e que deve refletir na análise dos casos concretos.

(STF - HC: 106856 PA, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 05/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJE-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012) (grifos não originais).

A prisão preventiva, no caso, mostra-se devidamente fundamentada na expressa menção à situação concreta que justifica a necessidade de garantir a ordem pública: o paciente seria integrante de organização criminosa ramificada em mais de um Estado-membro e voltada para a distribuição de bebidas alcoólicas adulteradas, as quais continham substâncias nocivas à saúde. A periculosidade do agente para a coletividade pode ser apta a justificar a manutenção da restrição à liberdade desde que comprovada concretamente. Anote-se que a prisão preventiva também tem o desiderato de impedir a reiteração da conduta delitiva do agente que, no caso, além de registrar outras anotações em sua folha de antecedentes, continuou a comercializar as bebidas contrafeitas mesmo após a interdição do estabelecimento comercial que gerenciava. Precedentes citados do STF: HC 89.266-GO, DJ 29/6/2007; HC 88.196-MS, DJ 18/5/2007; do STJ: HC 86.236-AM, DJ 17/12/2007, e HC

56.205-SC, DJ 14/8/2006. HC 99.486-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 24/6/2008.

No Direito Comparado³⁵, também há previsão legal para a decretação de prisões cautelares com fulcro na garantia da ordem pública sob o viés de “periculosidade do agente” e “risco de reiteração na prática delituosa”.

O Código de Processo Penal Português³⁶ assim dispõe em seu art. 204:

Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida:

- a) Fuga ou perigo de fuga;
- b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou
- c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.

Observa-se que, à semelhança do nosso CPP, a legislação processual penal portuguesa também estabeleceu a possibilidade de decretação da segregação cautelar do acusado cuja natureza da conduta criminosa praticada ou cuja personalidade criem real perigo de reiteração criminosa e perturbação da ordem e tranquilidade – termo não constante de nosso CPP e acrescentado pelo legislador português – pública.³⁷

Nessa mesma linha, o *Codice di Procedura Penale* italiano³⁸, em seu art. 274, c, prevê a possibilidade de decretação de prisão cautelar quando, devido a modalidades e circunstâncias específicas do fato e à personalidade da pessoa sob investigação ou acusado, deduzida de comportamentos ou atos concretos ou de seu registro criminal, exista um perigo concreto e

³⁵ Especialmente o direito português, o italiano, o espanhol e o alemão, que tratam do assunto semelhantemente ao direito brasileiro.

³⁶ Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>> Acesso em 16 de abr. de 2020.

³⁷ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124.

³⁸ Disponível em: <https://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf> Acesso em 9 de abr. de 2020.

atual de que possa vir a cometer crimes graves com o uso de armas ou outros meios de violência pessoal ou dirigidos contra a ordem constitucional ou ofensas ao crime organizado ou da mesma espécie que o que se imputa ao acusado³⁹.

O mesmo dispositivo normativo dispõe ainda que, se o perigo disser respeito à prática de crimes do mesmo tipo daquele para o qual o processo é conduzido, as medidas de detenção antes do julgamento serão ordenadas apenas se forem crimes cuja pena de prisão não seja inferior a quatro anos, no máximo, ressalvando ainda que as situações de perigo real e atual, também em relação à personalidade do acusado, não podem ser deduzidas exclusivamente a partir da gravidade do título do crime cuja prática imputa-se ao acusado.

Também a legislação espanhola, por meio da Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁰, em seu art. 503, inciso 2, admite a prisão cautelar *“para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos”*⁴¹ nas situações em que hajam fundados motivos para crer que o acusado seja o autor do delito e o delito cometido tenha pena máxima cominada igual ou maior que 2 (dois) anos.

Ainda de acordo com a lei espanhola, o aferimento do risco de reincidência do agente deverá ser inferido pelos delitos já cometidos pelo acusado e sua gravidade, bem como observando-se se, enquanto livre, o acusado vinha atuando em conjunto com outras pessoas de forma organizada para o cometimento de delitos ou se praticava delitos de forma habitual.⁴²

De igual modo, o Código de Processo Penal alemão⁴³ (StPO), no seu § 112a, permite a detenção nas hipóteses de existirem relevantes indícios de que o acusado tenha praticado, reiterada ou seguidamente, crimes

³⁹ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124.

⁴⁰ Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20151006&tn=1#a503> > Acesso em 9 de abr. de 2020.

⁴¹ Para evitar o risco de que o investigado ou acusado cometa outros atos delictuosos.

⁴² LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 123-124.

⁴³ Disponível em: < <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> > Acesso em 9 de abr. de 2020.

graves e quando houverem razões que possam justificar o risco de que, antes do processo, ele venha a incidir em delitos da mesma natureza ou perpetue na prática do mesmo delito.

Aury Lopes Jr. contradita essa corrente de pensamento e sustenta que o argumento do risco de reiteração delituosa a justificar a prisão preventiva é “alheio ao objeto e fundamento do processo penal” e presta-se não a este, mas a “uma função de polícia do Estado”, sendo, “flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros”⁴⁴, exigindo-se dos juizes um exercício de vidência e futurologia como se usassem uma espécie de “periculosômetro”⁴⁵, o que, segundo ele, não se pode admitir.

Roberto Delmanto Jr. também adverte que significar a ordem pública como perigo de reiteração delituosa importa em uma dupla presunção, a concluir pela real ocorrência do delito que se apura e se processa e pela continuidade na prática delitiva pelo acusado, se mantido em liberdade, restando violadas “as garantias constitucionais da desconsideração prévia de culpabilidade (art. 5º, LVII, da CR) e da presunção de inocência (art. 5º, §2º, da CR, c/c os arts. 14, 2, do PIDCP, e 8º, 2, 1ª parte, da CADH)”.⁴⁶

Não se desconhecendo a existência de críticas, verifica-se que é majoritário o entendimento de que é idôneo fundamentar a prisão preventiva do acusado lastreado em seu grau de periculosidade e no risco de reiteração delitiva, por óbvio, baseando-se em elementos concretos que sobressaltem dos autos e jamais em meras ilações e conjecturas levantadas pela mídia, pela opinião pública ou pela maneira de ver o mundo do próprio julgador.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 122.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 122.

⁴⁶ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 328.

Assim é que, não obstante não se prestem a agravar a pena (Súmula 444 STJ⁴⁷), conforme discorre Nucci, “para analisar a necessidade de prisão provisória, por certo, tais fatores auxiliam a formação do convencimento do magistrado”.⁴⁸

Aqui, contudo, é preciso cautela, a fim de não tornar os antecedentes como requisito necessário à decretação da custódia cautelar do agente, já que, na linha do que ensinam Diego Prezzi Santos e Luiz Régis Prado, “ao se admitir a reincidência como vetor exclusivo de ofensa à ordem pública, há proteção social deficiente, violência contra a Constituição e rompimento das bases do Direito Penal Moderno”, já que “cidadãos que delinquiram gravemente pela vez primeira” não preencheriam esse requisito prisional.⁴⁹

De se ver, pois, que, para mostrar-se idônea, a fundamentação quanto à periculosidade do agente e do risco de novas empreitadas delituosas deve sempre basear-se em elementos concretamente aferíveis e verificáveis – folha de antecedentes do agente, envolvimento com organizações criminosas devidamente comprovado ou a gravidade concreta do delito praticado - e nunca pressupostos ou abstratamente considerados – gravidade em abstrato do delito praticado ou a mera suspeita de envolvimento com facções criminosas, sob pena de violação à presunção de não culpabilidade disposta em nossa Constituição Federal.

⁴⁷ Súmula 444 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010). Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp> > Acesso em 05 de maio de 2020.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 588.

⁴⁹ PRADO, Luiz Régis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 219.

Conclusão

Considerando tudo quanto aqui foi exposto, foi possível perceber que, mesmo para os mais garantistas dentre os estudiosos e aplicadores do processo penal, é consenso que há compatibilidade entre a segregação cautelar do indivíduo ainda não julgado em definitivo com a presunção de não culpabilidade que lhe é atribuída antes do esgotamento dos recursos e instâncias judiciais quando sua prisão presta-se à tutela do processo penal, como uma medida cautelar instrumental, não se lhe emprestando qualquer atributo, quer principal quer secundário, da pena decorrente da culpabilidade já formada.

Percebeu-se, ainda, por meio de uma contextualização de seu uso nos diplomas normativos ao longo da história, que o termo “ordem pública” é dotado de profunda vaguidéz de significação, sendo, no mais das vezes, utilizado ao belprazer de seu aplicador no caso concreto, estando intrinsecamente vinculado à face policial do Estado e ao exercício da força perante seus cidadãos em situações de anormalidade.

Em seguida, foram elencados e colocados em xeque, quanto à sua constitucionalidade e coerência com o princípio da presunção de inocência, os argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência pátrias como hipóteses em que a garantia da ordem pública deve fundamentar a decretação da prisão preventiva, dentre os quais o clamor público e a repercussão midiática do delito; a necessidade de resguardar credibilidade das instituições de Justiça; a periculosidade do agente; o risco de reiteração criminosa; a gravidade concreta do delito; e a proteção do réu e/ou dos investigados.

Nesse sentido, em uma coerência com o raciocínio desenvolvido no primeiro capítulo, foi possível concluir que o fundamento da garantia da ordem pública como justificação da prisão cautelar do acusado coaduna-

se com o princípio da presunção de inocência sempre que, pela chamada “garantia da ordem pública”, o que se pretender proteger seja o processo penal em si, não atribuindo-se à segregação cautelar do agente quaisquer características do cumprimento de pena decorrente de sentença condenatória definitiva.

Partindo dessa premissa, verificou-se que, consoante entendem a doutrina e jurisprudência pátrias em sua maioria, a prisão preventiva não pode prestar-se a resguardar a integridade física do acusado, o qual, solto, poderá vir a ser vítima de linchamento ou vingança, já que incumbe ao próprio Estado assegurar a segurança do indivíduo, assim como de todos os cidadãos.

Outrossim, na mesma toada, verificou-se que a prisão preventiva do agente não pode lastrear-se pura e simplesmente na repercussão midiática ou no clamor social por justiça causados pelo delito, sob pena de se transformá-la em “circo” para o povo, mormente nas comunidades pequenas e interioranas, em que qualquer delito que ultrapasse o grau de gravidade que comumente se observa pode causar um abalo social.

Entretanto, conforme foi exposto, entendeu-se que há que se ver que alguns crimes, pela repulsa e aversão aos valores fundamentais que provocam, indicam, pelo modo em que foram executados, a periculosidade do acusado, aqui medida não com base em ilações, mas pelos elementos concretos já evidenciados ao tempo da ordem de custódia.

Nesse sentido, sustentou-se que essa periculosidade, demonstrada pela gravidade concreta do delito, em situações excepcionais, deve ser considerada para fins de decretação de prisões preventivas com fundamento na garantia da ordem pública, que será realmente abalada com a liberdade de um indivíduo que fora capaz de tamanha bárbarie, ao menos até que se apurem devidamente as circunstâncias do fato, bem como o risco concreto representado pelo acusado à sociedade.

Mais adiante, depreendeu-se que, embora entendam diferentemente alguns doutrinadores, como é o caso de Guilherme de Souza Nucci, a ordem de prisão não pode prestar-se a proteger a credibilidade das

instituições de justiça, porquanto não há previsão legal para que assim seja feito, de modo que ausentes elementos que permitam demonstrar o *periculum libertatis* e o efetivo risco à ordem pública, baseado em elementos concretos do agente ou de sua conduta, e não na mera subjetividade da lesão à credibilidade de um ou outro órgão, a ordem de custódia padecerá de flagrante inconstitucionalidade.

Por fim, asseverou-se que para mostrar-se idônea, a fundamentação quanto à periculosidade do agente e do risco de novas empreitadas delituosas, duramente criticada por Aury Lopes Jr., deve sempre basear-se em elementos concretamente aferíveis e verificáveis – folha de antecedentes do agente, envolvimento com organizações criminosas devidamente comprovado ou a gravidade concreta do delito praticado - e nunca pressupostos ou abstratamente considerados – gravidade em abstrato do delito praticado ou a mera suspeita de envolvimento com facções criminosas, sob pena de violação à presunção de não culpabilidade disposta em nossa Constituição Federal.

Concluiu-se, assim, que, tal qual o instituto da prisão cautelar, *lato sensu*, a prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública não viola o princípio da presunção de inocência em toda e qualquer hipótese; antes, na mesma medida que todas as medidas cautelares de natureza pessoal, como o são as prisões cautelares e a prisão preventiva, sua decretação exige fundamentação idônea e concretamente motivada, aqui reconhecida como circunstâncias que coloquem em risco o bom andamento do processo e o seu resultado útil.

Assim é que, conquanto totalmente criticável por sua vaguides e ausência de objetividade, atributos mais do que necessários quando se fala de Direito Penal, o termo “garantia da ordem pública” pode prestar-se à proteção do processo, na medida em que é preenchido de significados que, por meio de fatos concretamente verificáveis e objetivamente demonstráveis, possam evidenciar a imperatividade da privação de liberdade do acusado naquele momento.

Desse modo, a prisão preventiva do réu não deverá jamais estar atrelada a conceitos abstratos, como a gravidade em abstrato do delito, a credibilidade das instituições de Justiça e o clamor social por justiça. De igual modo, situações alheias à proteção do processo não se prestam a respaldar a ordem de custódia cautelar, como é o caso de justificá-la pela necessidade de resguardar a integridade física do acusado.

Lado outro, embora deva-se ter sempre em mente o seu caráter excepcional – a regra deve ser sempre a liberdade, a prisão cautelar, sob o manto da garantia da ordem pública, terá lugar e estará em consonância com a presunção de inocência quando atrelada a proteção do processo, por elementos objetivamente demonstráveis no plano concreto - agentes com longas folhas de antecedentes criminais, sujeitos envolvidos com organizações criminosas, delitos cuja forma de execução demonstre culpabilidade muito elevada ou a concorrência de duas ou mais dessas circunstâncias – elementos estes que, contudo, não ensejam aplicação automática de prisão e devem ser verificados em cada caso.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: UnB, 1998. v. 2.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei 3689/41, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>
- BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERREIRA, Daniel de Lima. Da subjetividade e “vagueza do termo “ordem pública e a consequente violação ao princípio da estrita legalidade da lei penal. **International Center for Criminal Studies**, 2018. Disponível em: <<http://iccs.com.br/da-subjetividade-e-vagueza-termo-ordem-publica-e-consequente-violacao-ao-principio-da-estrita-legalidade-da-lei-penal-daniel-de-lima-ferreira/>>.
- LEONARDI, Lucas Cavini. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2019.
- LIMA, Rafael Caetani. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o Estado inquisitivo de Direito. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**.

V. 5, n. 1, 2017, p. 456 - 488. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>>

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

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16^a ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 7^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3^aed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PENCO, Ángel Acedo. El orden público actual como límite a la autonomía privada de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Universidad de Extremadura, n. 14-15, 1996-1997.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org