

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

CATARINE MARIA GOMES MACÊDO

**O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO PARA  
DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Recife  
2016

CATARINE MARIA GOMES MACÊDO

**O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO PARA  
DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia entregue à Faculdade Damas  
como requisito parcial para obtenção do  
título de bacharel em Direito.

Orientador: Leonardo Siqueira.

RECIFE  
2016

**Macêdo, Catarine Maria Gomes**

**O conceito de ordem pública como requisito para decretação da prisão preventiva. / Catarine Maria Gomes Macêdo. – Recife: O Autor, 2016.**

**55 f.**

**Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.  
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.  
Trabalho de conclusão de curso, 2016.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito penal. 2. Prisão preventiva. 3. Garantia da Ordem pública. 4. Princípio da presunção da inocência. I. Título.**

**34 CDU (2.ed.)  
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas  
TCC 2017-527**

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

CATARINE MARIA GOMES MACÊDO

**O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO PARA  
DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Defesa Pública em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 201\_\_.

**Banca Examinadora :**

PRESIDENTE:

---

ORIENTADOR(a)

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente ao Senhor meu Deus, que por seu amor me concebeu este tão grandioso momento da minha vida.

A minha querida mãe Rosélis Macêdo e ao meu pai Ives Macêdo por seus exemplos de vida, e por não medirem esforços para me ajudar, ao meu irmão Ives Macêdo Júnior, por ser minha grande fonte de inspiração e incentivador a nunca desistir dos meus sonhos, a minha irmã Jéssica Macêdo por ter estado sempre ao meu lado em todos os momentos difíceis e presente em minha vida com todo seu amor e carinho.

Aos Ilustres Professores da Faculdade Damas Instituição Cristã, por toda minha formação e aprendizado ao longo deste curso. Especialmente, ao Professor e Orientador Leonardo Siqueira, pela sua valiosa e paciente orientação

Por fim, agradeço a todos colegas de turma que ao longo desses cinco anos de curso me proporcionaram muita parceria, amizade, apoio, cumplicidade e aprendizado.

## RESUMO

O presente trabalho analisará inicialmente os principais pontos acerca das prisões cautelares, além de princípios relacionados e panorama histórico, dando ênfase a análise da prisão preventiva, para posteriormente analisar a garantia da ordem pública como fundamento apto a decretação desta. Nesse mister, não tendo como pretensão esgotar o assunto, o referido fundamento será ventilado nos moldes da jurisprudência doutrina majoritária, bem como daquela que adota postura mais crítica quanto a sua utilização. Por fim, tal panorama tecerá as considerações quanto a situação em análise em consonância com os valores e garantias hauridos da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chaves:** Prisão preventiva, Garantia da ordem pública, Estado democrático de direito, Princípio da presunção da inocência.

## ABSTRACT

This paper will initially analyze the main points about the precautionary prisons, as well as related principles and historical background, emphasizing the analysis of pretrial detention, to later analyze the public order guarantee as a basis for its decree. In that case, not having as a pretension to exhaust the subject, the said foundation will be ventilated in the mold of the jurisprudence majority doctrine, as well as of the one that adopts more critical position as to its use. Finally, such a scenario will make the considerations regarding the situation under analysis in line with the values and guarantees established by the 1988 Federal Constitution and the Democratic Rule of Law.

Keywords: Pre-trial detention, Public order guarantee, Democratic rule of law, Principle of presumption of innocence.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 8  |
| <b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS A PRISÃO PREVENTIVA</b> ..                            | 11 |
| 2.1 Princípio do Devido Processo Legal.....  | 12 |
| 2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....   | 14 |
| 2.3 Princípio da Presunção da Inocência.....   | 15 |
| <b>3 PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E PRISÃO PREVENTIVA</b> ...                            | 19 |
| 3.1 Panorama Histórico.....  | 19 |
| 3.2 Prisão: Espécies e subespécies.....  | 21 |
| 3.3 Espécies de Prisão no Código de Processo Penal.....  | 22 |
| 3.3.1 <i>Prisão Temporária</i> .....   | 22 |
| 3.3.2 <i>Prisão em Flagrante</i> .....   | 23 |
| 3.3.3 <i>Prisão Preventiva</i> .....   | 24 |
| <u>3.3.3.1 Requisitos e Pressupostos para Decretação da Prisão Preventiva</u> .....                | 26 |
| 3.3.3.1.1 Fumus Comissi Delecti.....   | 28 |
| 3.3.3.1.2 Periculum Libertatis.....  | 29 |
| 3.3.3.1.3 Conveniência da Instrução Criminal e Aplicação da Lei Penal.....                         | 30 |
| 3.3.3.1.4 Garantia da Ordem Econômica.....   | 31 |
| 3.3.3.1.5 Garantia da Ordem Pública.....   | 32 |
| <u>3.3.3.2 Circunstâncias ou Condições de admissibilidade</u> .....                                | 35 |
| <u>3.3.3.3 Prazos</u> .....  | 39 |
| <b>4. O EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES</b> ..... | 41 |
| <b>5 CONCLUSÃO</b> .....   | 49 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | 52 |



## INTRODUÇÃO

A problemática da presente pesquisa está na possibilidade de ser utilizado um conceito indeterminado, qual seja, ordem pública como pressuposto para decretação da prisão preventiva, fragilizando a segurança jurídica dos cidadãos e aumentando a quantidade de presos provisórios aguardando um pronunciamento judicial definitivo.

Algumas pesquisas guiaram a gênese do presente tema, como o livro Direito Processual Penal, de Aury Lopes Júnior um dos grandes processualistas penais do nosso país. Também se encontra em livro de autoria de Roberto Delmanto Junior, as modalidades de prisão provisória e seus prazos. Cabe ainda mencionar, o manual de processo penal, de Nestor Távora, e o de processo penal de Fernando da Costa Tourinho Filho. Além de ser um tema corriqueiro nos âmbitos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Na disciplina processual penal o instituto da prisão preventiva é foco de controvérsias doutrinárias. Isso ocorre especialmente no tocante a análise de um dos requisitos para decretação da prisão preventiva. Esse requisito é a ordem pública que se encontra prevista no rol do art. 312 do Código de Processo Penal (CPP).

Nesse contexto a expressão “ordem pública” necessita de uma melhor e mais precisa delimitação conceitual, pois se apresenta como uma cláusula aberta. Diante disso ocorre oscilações na interpretação por parte das doutrinas e pelos tribunais, e conseqüentemente a diversos julgamentos no momento da aplicação do direito nos casos concretos.

Em virtude da amplitude interpretativa da expressão ordem pública, que fundamenta praticamente qualquer prisão preventiva, é de ser questionado: a ordem pública, como pressuposto legitimador da prisão preventiva, é compatível com um Estado Democrático de Direito?

Em que pese a fragilidade do tema, que mexe com a garantia constitucional da liberdade das pessoas a resposta para a pergunta tende a ser negativa. Tendo em vista os elevados valores que fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, um cidadão não pode ser

submetido à prisão preventiva com fundamento em uma cláusula tão aberta e abrangente, como a ordem pública, eis que violadora de vários direitos e garantias fundamentais presentes na Carta Magna de 1988.

Nesse panorama observa-se que a definição de risco para ordem pública é comumente confundida como sinônimo de clamor público, ou em virtude da gravidade do delito, ou ainda ser decretada a prisão preventiva para sustentar credibilidade da administração da justiça. Deste modo observa-se a crise de identidade do conceito de ordem pública e essa subjetividade gera debates acerca de estar ou não presente em um caso concreto uma lesão à ordem pública que justifique a custódia preventiva.

Dessa forma constata-se a considerável possibilidade de acarretar lesão aos direitos fundamentais. Isso contraria o princípio da estrita legalidade, porquanto seu conteúdo é indefinido, obscuro, subjetivo e amplo.

A pesquisa tem como objetivo demonstrar que a ordem pública como fundamento da prisão preventiva é incompatível com o texto constitucional pátrio. Os objetivos específicos são: apresentar os princípios basilares do ordenamento jurídico emanados da Constituição Federal de 1988, relacionados a prisão preventiva; analisar a prisão preventiva sob a ótica dos pressupostos para sua decretação especialmente, no tocante a sua incompatibilidade com os direitos e garantias fundamentais assegurados na Lei maior; demonstrar os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do pressuposto da ordem pública.

Nesta pesquisa utilizou-se o método dedutivo, procurando demonstrar a impossibilidade de ser utilizada a ordem pública como fator legitimador da prisão preventiva.

No primeiro capítulo foram apresentados princípios basilares do ordenamento jurídico emanados da Constituição Federal de 1988, relacionados a prisão preventiva.

No segundo capítulo foi apresentada prisão preventiva sob a ótica dos pressupostos para sua decretação especialmente, a ordem pública, no tocante a sua incompatibilidade com os direitos e garantias fundamentais assegurados na Lei maior.

Finalmente, no terceiro capítulo, apresentam-se os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do pressuposto da ordem pública como

fundamento para decretação da prisão preventiva especialmente, a insegurança jurídica da ordem pública como pressuposto para decretação da prisão preventiva e sua incompatibilidade perante a Constituição Federal.

## **2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS A PRISÃO PREVENTIVA**

Os princípios são diretrizes de um sistema normativo, consideram-se normas jurídicas que possuem como característica a abstração, possuem a função de completar as lacunas deixadas pelo legislador. Além disso, refletem na construção e formação de novas normas, que fixam e estabelecem valores sociais que criam uma nação.

Inicialmente é importante ressaltar que os princípios são normas emanadas constitucionalmente, de forma não taxativa, e, que podem estar explícitos ou implícitos na Constituição da República.

Na Constituição da República Federativa do Brasil os princípios fundamentais não só fixam as bases e fundamentos da nova ordem, mas também proporcionam harmonização e coerência ao texto normativo coibindo os conflitos que existam ou possam vir a surgir na aplicação da norma.

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se radia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. Isso se dá exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É no conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que a põe nome sistema jurídico (MELO, 1988).

Os princípios são normas jurídicas diferentes, que surgem de maneira diversa das regras que são positivadas, mas que tem força e caráter impositivo igual ou superior às normas impositivas.

Existem determinados princípios que irão reger todas as medidas cautelares, especialmente com o intuito de estabelecer os limites fundamentais em relação às medidas de coerção pessoal. O estudo deles é que permite verificar a legitimidade de qualquer medida cautelar.

O ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de resguardar à integridade da pessoa acusada e salvaguardá-lo de possíveis abusos do Estado à tal integridade, criou os princípios constitucionais que regem o processo penal e a prisão preventiva. Eles são normas fundamentais do

sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. Funcionam como freio para a intervenção do Estado na vida do indivíduo, limitando a interferência do Direito Penal para os casos em que ela seja estritamente útil, garantindo assim um maior respeito aos direitos individuais.

Neste diapasão, o presente capítulo abordará os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, que assegura, neste contexto, que apesar de responder a processo penal o acusado terá sua dignidade preservada, para que ao final do processo, sobrevivendo condenação penal irrecorrível, seja recolhido a prisão provendo a lei e a justiça almejada pela sociedade e pelo próprio acusado. Bem como o princípio da presunção da inocência que estabelece que o acusado não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Por fim, do princípio do devido processo legal que abarca todos os demais direitos fundamentais relacionados ao processo, rezando que todos os direitos do acusado devem ser observados plenamente, protegendo o acusado de qualquer ação arbitrária por parte do Estado.

Destaca-se que é de suma importância tal abordagem, pois os princípios constitucionais representam a base da democracia, os quais propicia a justiça de forma plena, sem gerar impunidade ou arbitrariedade, e funcionam como uma garantia a toda sociedade que alcança, através da observância integral deles, à plenitude da democracia.

## **2.1 Princípio do Devido Processo Legal**

Na análise dos princípios constitucionais que garantem os direitos constitucionais inerentes ao acusado da prática de infração penal, é necessário, primeiramente abordar o princípio do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, LIV da Constituição Federal e assegura que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal.

Esse princípio tem como comando defender o cidadão das arbitrariedades do Estado, preceitua que ninguém terá seus bens ou sua liberdade privada sem o devido processo legal. Além disso, garante um processo justo conforme os ditames legais, pois assegura a observância aos aspectos materiais da lei, protegendo o acusado de leis atentatórias e arbitrárias.

Nesse escopo, o princípio do devido processo legal deve ser analisado sob duas perspectivas, pois desdobra-se no devido processo legal de caráter processual ou procedimental, o procedure process of law, também chamado de formal, e no devido processo legal em caráter substantivo ou material, substantive process of law.

No que tange ao princípio do devido processo legal formal, de caráter processual ou procedimental, assegura-se a tutela dos bens jurídicos por meio do devido procedimento. O acusado fica respaldado que o processo irá respeitar na íntegra as formas legais, e que serão observadas todas as formalidades previstas em lei. Ele faz referência às garantias de natureza processual, ao determinar a forma previamente estabelecida em lei de como se tramitará o processo de acordo com o crime a ser julgado.

O procedure process of law, no Brasil, foi contemplado em todas suas constituições, mas principalmente na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional número 01, de 1969 onde ao contemplarem os princípios do contraditório, da igualdade e da ampla defesa, tacitamente aceitaram a existência deste. Ele foi previsto pela primeira vez de forma expressa na Constituição de 1988, também chamada de constituição cidadã.

Já no tocante ao substantive process of law consiste no entendimento de que a lei arbitrária atenta contra o princípio do devido processo legal em sua faceta material, pois esta deve ser condizente com o direito. Dessa forma o processo deve ser instrumento de garantia do cidadão contra abusos do Estado, funciona como um instrumento de implementação da Constituição Federal, e garantia suprema do estado de liberdade.

Ressalta o ilustre doutrinador Scarance Fernandes que, num primeiro momento, tinha-se uma visão individualista do devido processo legal, concebido como uma forma de resguardar direitos públicos subjetivos das partes. Porém, esse pensamento sucumbiu a ótica publicista que considera as regras do cogitado princípio garantias, e não direitos, das partes e do próprio processo como justo instrumento de prestação jurisdicional (SCARANCE, 2002).

O princípio do devido processo material ou substancial, suscita o direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia na medida em que protege o particular contra qualquer atividade estatal, posicionando-se como óbice ao surgimento de leis injustas emanadas do próprio Estado assegurando o cidadão contra criação de leis que venham a ferir seus direitos fundamentais.

## **2.2 Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade humana é fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formando pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

III – a dignidade pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana ao ser contemplado pelo constituinte como fundamento da República Federativa do Brasil e não como direitos e garantias fundamentais, reservou a dignidade da pessoa humana uma posição superior à de um direito. Dessa forma tal princípio não só ganhou ares de direito essencial e maior, mas também um aspecto de dever e obrigação a ser observado, uma vez que todos os direitos e garantias da Constituição devem estar de acordo com ele que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais.

A Dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Constitui um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAIS, 2006).

É entendimento dentre os doutrinadores que a dignidade da pessoa humana é princípio geral de direito, incondicional e inegável e que o seu cumprimento a todos os demais princípios os obrigam, uma vez que a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana constitui, pois, a garantia de que o ser humano será considerado como sujeito de direito, e, não como mero objeto.

Entre os superiores princípios consagrados na Constituição de 1988, merece especial destaque o da dignidade da pessoa humana, colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tem-se hoje o que chamado direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da nação, transformando os seus direitos na diretriz de todos os ramos jurídicos (CAVALIERI, 2005).

Nesse sentido entendem os operadores de direito, em sede de princípio da dignidade humana, que é utilizado no momento de enquadrar a conduta criminosa ao delito tipificado. Dessa forma, qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, uma vez que atentatória ao próprio fundamento da existência do Estado Democrático.

### **2.3 O Princípio da Presunção da Inocência**

Do conjunto de direitos e garantias fundamentais dos quais todos os cidadãos possuem, ressalta em importância a Presunção da Inocência que possui raízes no período Iluminista.



A sua afirmação se deu de maneira mais evidente durante a Revolução Francesa, na luta dos enciclopedistas contra os abusos do período inquisitorial. Contudo isso não impediu que passasse por períodos difíceis, como ao tempo do facismo, gerando o Código Rocco (de 1930), e, subsequentemente, o Código de Processo Penal de 1941.

O princípio da presunção da inocência é um direito fundamental e está previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Nas palavras de Ferrajoli, “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (FERRAJOLI, 2002).

Trata-se de princípio que foi expressamente inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988, aplicado anteriormente como decorrência lógica do sistema, ou seja, implicitamente. No Brasil sua finalidade é política e ideológica, sendo claro que seu alcance e conteúdo reflete por todo sistema de justiça criminal. Por este princípio se proíbe a antecipação dos efeitos da futura sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse diapasão, abalizada doutrina leciona que a presunção da inocência possui estrutura normativa tridimensional, abrangendo os seguintes corolários: a) regra probatória: gera ônus exclusivo da parte acusadora de superar tal presunção; b) regra de tratamento: acarreta dever judicial de tratamento do acusado como se ele fosse inocente, ao longo da persecução penal. Devendo todas as medidas restritivas a direitos fundamentais do acusado serem estritamente necessárias; c) regra de garantia: implica a

necessidade de respeito à cláusula do devido processo penal na superação da presunção de inocência do acusado (MIRZA, 2016).

Nesses termos, Nestor Távora leciona:

(...) o reconhecimento da autoria de uma infração penal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto a regra é a liberdade e o encarceramento antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção (TÁVORA, 2014, p.61).

Quando o status de inocência do indivíduo é invertido, o Estado é incumbido de provar a culpa do acusado (Nucci,2011). Tal princípio tem como objetivo dar efetividade a liberdade das pessoas, possibilitando a sua restrição só em situações extremamente excepcionais. Dessa forma o acusado só poderá ser responsabilizado por sua conduta delitiva, após comprovação de sua culpa através do processo, que terá seu termo final após o transito em julgado da sentença penal condenatória. Sendo assim, a regra é a liberdade e, por sua vez, a prisão cautelar é a exceção.

Eugênio Pacelli de Oliveira, fala em estado ou situação jurídica de inocente. Para ele este princípio impõe ao Poder Público a observância e respeito a duas regras específicas ao acusado, uma com relação ao tratamento e outra de fundo probatório.

Nesse sentido:

[...] tratamento, segundo o qual o réu, em nenhum momento do inter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação (PACELLI, 2015, p. 48).

Essa dimensão de regra de tratamento da presunção de inocência impõe a liberdade do acusado, como regra geral, no decorrer da persecução penal.

Todavia, o princípio em análise não se reveste de caráter absoluto, pois percebe-se fragilidade no estado de inocência em determinadas circunstâncias. A fragilidade já resta configurada na própria imputação da instauração da ação penal. Nessa esteira, a fragilidade do estado de inocência é muito mais evidenciada quando da possibilidade de cerceamento cautelar da liberdade do acusado, pois pode-se concluir que este frágil estado de inocência será claramente rompido pela medida cautelar, o que suscita extrema cautela para que sejam resguardados os direitos do acusado.

Apesar da fragilidade desse instituto principiológico, ele tem aplicabilidade no campo das prisões provisórias, exercendo a função relevante de exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, impondo-se ordem judicial devidamente motivada.

### **3. PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E PRISÃO PREVENTIVA**

#### **3.1 Panorama Histórico**

O momento em que o cidadão se depara, de maneira mais contundente, com o poder do Estado, é sem dúvida, o processo penal. A limitação do poder punitivo estatal é a sua principal função, não podendo se olvidar, contudo a função de aplicação da lei penal.

O processo penal vive em constante tensão, pois procura equilibrar a necessidade de punir comportamentos delitivos (interesses coletivos, da sociedade) com as liberdades públicas (interesses pessoais). Por si só, o processo criminal representa um dos maiores dramas da pessoa humana, e no conjunto de cerimônias degradantes que encerra, a prisão provisória é, indubitavelmente, a mais severa (MIRZA, 2016).

Todavia, o processo encerra uma hipótese, podendo a tese acusatória, ao final, não se confirmar. Sendo assim se presume o acusado inocente durante o seu curso, deve, destarte, ser esta a postura tanto metodológica quanto psicológica adotada. Deve-se por isso revestir-se de cautela, qualquer prisão, para que não se transforme em antecipação da pena.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito que prevê o ato prisional em caráter de exceção, pois no país o direito à liberdade é um direito fundamental. Esta garantia decorre dos anos que o país sofreu com um Estado autoritário e policalesco, onde as garantias individuais eram pouco respeitadas (MIRZA, 2016).

O código de processo penal de 1941 remonta à ditadura do Estado Novo de Vargas, tendo indisfarçável, inspiração no código italiano de 1930, conhecido como o código de Rocco, que segue os parâmetros estabelecidos

pelo sistema inquisitorial, totalmente adequado, diga-se de passagem, ao regime político da Itália da época (MIRZA, 2016).

Trata-se, portanto, de estatuto ditatorial que trata as garantias do acusado com insignificância e como formalismos sem sentido a exigir sacrifício no altar da eficiência da persecução penal. Corolário de tal visão era a manutenção da prisão em flagrante, por todo processo pelo simples fato de sua ocorrência, quando estávamos ante um delito inafiançável. No mesmo sentido, era a prisão preventiva obrigatória, para crimes com pena máxima igual ou superior a dez anos, conforme previa o artigo 312 do CPP, em sua redação original.

Dessa forma em virtude de sua gênese histórica e orientação autoritária, o Código de Processo Penal brasileiro instituiu presunção da culpabilidade como regra de tratamento do acusado que é visto como objeto da persecução criminal. Reflete claramente a finalidade extraprocessual, qual seja, a punição antecipada do acusado presumido culpado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema de administração da justiça criminal passou a assimilar valores hauridos do novo regime político democrático e do sistema internacional de direitos humanos, os quais têm fundamentação axiológica no princípio nuclear da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III. Nesse contexto a presunção da culpabilidade é substituída pelo seu princípio antitético, a presunção da inocência, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII.

Nesse diapasão as ideias e o contexto histórico de 1941, início da vigência do atual Código de Processo Penal brasileiro são opostos à da Constituição de 1988. O primeiro tinha como base teórica o autoritarismo, prevalecendo a preocupação máxima com a segurança pública, tendo como base a presunção da culpabilidade. O contexto de 1988 foi feito sobre um ideal democrático, tendo como base a presunção de inocência e as bases de um sistema acusatório.

A Constituição Federal de 1988 garante, no artigo 5º, inciso LVII, a presunção da inocência ou presunção de não culpabilidade, consagrando-se, desse modo, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito como garantia processual penal, com fins de tutela da liberdade pessoal.

Todavia, o fato de ser o réu presumidamente inocente não impede que ele seja, quando extremamente necessário, submetido a prisão. As prisões são constitucionalmente permitidas, conforme o artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal, que prevê: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Portanto, sendo cabível, antes do trânsito em julgado, apenas prisão processual de natureza cautelar.

### **3.2 Prisão: Espécies e Subespécies**

A princípio, previamente a análise das espécies e subespécies de prisão cabe mencionar, em breve abordagem a prisão em sentido lato.

A prisão é o grande fracasso da justiça penal, pois não só é ineficaz para diminuir a criminalidade, como também piora a situação, pois faz cair na miséria, à família do detento, o que contribui para o surgimento de novos delinquentes. Uma vez que, muitas vezes o pai, única fonte de renda da casa, encontra-se detido, deixando sua família na miséria, e, conseqüentemente aumento da criminalidade (FOUCAULT, 1987).

Além disso, menciona o autor que a prisão, lança na população delinquentes perigosos, ao invés de restituir à liberdade dos indivíduos reeducados. Pois, esse fato, nada mais é do que a consequência do isolamento dos indivíduos nas celas (FOUCAULT, 1987).

Nesse diapasão, Foucault alerta que a prisão consiste em duplo erro econômico, diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que ela não reprime.

No Brasil o gênero prisão comporta cinco espécies, a saber: 1) prisão-civil; 2) prisão-disciplinar (ou militar); 3) prisão-administrativa; 4) prisão-pena e 5) prisão provisória (ou processual) (MIRZA, 2016).

A prisão-civil, vige hodierna e tão somente, em casos que envolvam devedores de alimentos (pensão alimentícia), de acordo com o preconizado no Pacto de São José da costa Rica, em seu artigo 7º, §7º.

No tocante a prisão-disciplinar ou militar é prevista constitucionalmente em seu artigo 5º, inciso LXI, e assegura os primados da vida militar.

Já em relação a prisão-administrativa, não foi recepcionada pela CRFB/1988, segundo entendimento majoritário.

A prisão-pena (reclusão, detenção ou prisão simples) é objeto de estudo do Direito Penal. Ela é consequência do descumprimento do preceito primário de norma penal incriminadora e representa um castigo, uma retribuição, em virtude do cometimento de crime, pressupondo a culpabilidade do agente.

Por fim, a prisão provisória que tem por escopo preservar a eficácia dos processos de conhecimento e/ou execução. Subdivide-se, por seu turno, três subespécies, a saber: 1) prisão em flagrante; 2) prisão temporária; e 3) prisão preventiva que é o foco de nosso estudo.

### **3.3 Espécies de Prisão no Código de Processo Penal**

O Código de Processo Penal em seu §1º do artigo 282 estabelece que as medidas cautelares possam ser decretadas isolada ou cumulativamente, lembrando que a prisão só deverá ser adotada em último caso.

A prisão cautelar consiste em uma espécie de medida cautelar pessoal. Em sentido lato, prisão significa “a privação de liberdade de locomoção, efetuada por agente público e, se lícita, decorrente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, de prisão em flagrante ou de ordem de superior hierárquico militar”

A prisão cautelar não decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado e se divide em três espécies: prisão temporária, preventiva e em flagrante (GARCETE, 2012).

#### **3.3.1 Prisão Temporária**

A prisão temporária consiste em uma modalidade de prisão cautelar que só poderá ser decretada no curso do inquérito policial e, única e exclusivamente, para fins de investigação criminal. Ao término de seu curso o juiz decidirá se houver denúncia do Ministério Público, se decreta ou não a prisão preventiva.

O prazo que a autoridade policial tem para encerrar o inquérito policial, contado a partir da portaria por ela baixada é, para o réu solto, de 30 dias,

podendo haver dilação, desde que não haja excesso, conforme previsto no artigo 10 do Código de processo Penal.

Em relação à prisão temporária, num primeiro momento, estabelecia cinco dias para o prazo do seu cumprimento, prorrogáveis por mais cinco dias. Ela possui caráter cautelar de natureza pessoal. Dessa forma, não é uma garantia da prova, não é uma garantia ao processo, incidindo diretamente na pessoa (LIMA, 2011).

No período da ditadura militar, antes da prisão temporária, havia a prisão para a averiguação onde pessoa era obrigada a comparecer a um distrito policial e permanecia detida sem que houvesse culpa estabelecida (LIMA, 2011).

Tal espécie de prisão foi extinta do sistema processual penal brasileiro, havendo, um preceito constitucional explícito no art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal: “nenhuma prisão poderá ser realizada em caráter processual sem a ordem escrita da autoridade judicial, à exceção da prisão em flagrante”.

### **3.3.2 Prisão em Flagrante**

A prisão em flagrante de acordo com o previsto no artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal é prisão de natureza administrativa, por isso deve ser convertida em prisão preventiva, se estiverem presentes.

O Código de Processo Penal de 1941 tem diretrizes fortemente autoritárias, sobretudo em virtude do seu paradigma, o Código Processo Penal italiano, confeccionado em meio ao regime fascista. Prevalece neste código energia policlesco, fundada na presunção de culpa do acusado, quando não na presunção da fuga dele (PACELLI, 2015).

A prisão em flagrante possui muita desta energia, sendo considerada uma medida cautelar de proteção da sociedade. Ela configura em instituto de exceção, pois apenas será efetivada se presentes os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, além da averiguação da consonância da custódia decretada à luz dos princípios e preceitos constitucionais (LIMA 2011).

Segundo o art. 302 do Código de Processo Penal, encontra-se em flagrante delito, quem está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la, é



perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O termo “logo após” reflete uma hipótese de imediatidade. Em suma, o bom senso da autoridade judiciária e policial, terminará por determinar se é caso de prisão em flagrante. Ressalte-se que as diligências fortuitas feitas pela polícia não podem ser consideradas para efeitos de flagrante (NUCCI, 2016).

Contudo, cabe prisão em flagrante nos crimes permanentes. De acordo com o Código de Processo Penal, encontra-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Os crimes permanentes são aqueles que se consumam com uma única conduta, mas o resultado tem a potencialidade de se propagar no tempo, continuando o processo de consumação e execução do delito (NUCCI, 2016).

A prisão em flagrante, no aspecto formal, deve observância à realização de um auto, que constitui uma peculiaridade. Além disso, existe a determinação que a prisão em flagrante, embora possa ser formalizada por autoridade policial, depende de um controle do âmbito estrito de sua legalidade pela função jurisdicional (LIMA, 2011).

Dessa forma, faz-se necessário que a prisão em flagrante seja comunicada no prazo de 24 horas à autoridade judicial, ou seja, realizada a prisão em flagrante e formalizada pela autoridade policial, ela precisa ser ratificada pela autoridade judicial, no prazo de comunicação de 24 horas (PACELLI, 2015).

Dentre as funções dessa modalidade de prisão, a mais importante das funções é impedir, que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos, quando possível. Objetiva-se com ela, evitar a consumação do delito, nas situações em que está sendo praticado, ou de impedir seu exaurimento nas demais situações (NUCCI, 2016).

### **3.3.3 Prisão Preventiva**

A prisão preventiva vem regulamentada, primordialmente, nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Segundo a doutrina e jurisprudência

majoritárias, é uma medida de natureza cautelar, que procura assegurar à eficácia do processo principal (conhecimento ou de execução).

Além disso, é medida excepcional e *ultima ratio*, pois o direito constitucional de liberdade, dentro de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, exige que antes ocorra o desenrolar de todo processo para que, se houver condenação do acusado, possa ser cerceado. No entanto, a sociedade tem o direito de impor a prisão preventiva, desde que haja a necessidade e a adequação da medida, ao indivíduo a quem se atribui o cometimento de um fato delituoso.

Nesse sentido, a Lei nº 12.403/2011 exige, expressamente, a presença da necessidade e adequação para que seja decretada a prisão preventiva, evitando-se que a custódia cautelar seja decretada sem necessidade, e que pessoas que devam estar soltas sejam presas desnecessariamente.

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual e deve sempre ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, nas fases de inquérito policial ou na fase processual, pode, inclusive nesta última ser decretada de ofício pelo juiz.

A prisão preventiva consiste em uma medida de natureza cautelar, na qual ocorre a privação de liberdade do autor da infração penal. Tal medida é decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, desde que estejam presentes os pressupostos previstos em lei, visando resguardar os interesses sociais de segurança (MIRABETE 1998).

Essa modalidade de prisão configura o ponto único e exclusivo de toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual, pois não havendo necessidade de se decretar a prisão preventiva as prisões em flagrante e as prisões temporárias não devem persistir.

Nesse sentido o Código de Processo Penal, em seu artigo 311, dispõe que:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

No ordenamento jurídico pátrio a liberdade é a regra, sendo a constrição da liberdade medida excepcional, contudo são previstas modalidades de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (cautelares), sendo cabíveis quando preenchem determinados requisitos previstos em lei, e, não sejam cabíveis medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse sentido, no universo da prisão cautelar de natureza processual, a prisão preventiva é a única que pode ser decretada no curso do processo. Isso porque não pode haver prisão temporária, pois só é admitida na fase do inquérito policial e não pode continuar preso em flagrante, pois a lei manda ser convertida em preventiva, se estiverem presentes os motivos que autorizam. Assim no curso do processo criminal, se houver prisão, será sempre prisão preventiva.

A prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo. Sendo assim essa modalidade de prisão somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade (PACELLI, 2015).

A função da prisão preventiva é dar segurança à prova e ao processo, não deve servir como instrumento para assegurar uma medida de punição antecipada, ou seja, não se almeja com sua utilização confortar o clamor da sociedade (LIMA, 2011). Ela faz parte de um sistema de providências cautelares que visam assegurar o bom andamento do processo e a execução da sentença. São providências que se destinam a assegurar provisoriamente a ordem jurídica até que outras, definitivas, possam ser adotadas.

A prisão preventiva, deve revestir-se, haja vista sua natureza, das seguintes características: provisoriedade; preventividade; instrumentalidade hipotética e acessoriedade. Com efeito, a provisoriedade pelo fato de depender, para sua manutenção, da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo. É preventiva, pois visa prevenir dano irreparável ao processo principal. A

instrumentalidade hipotética, por seu turno, advém do fato de que a tutela cautelar pode incidir, sem que o seu beneficiário tenha, ao fim do processo, reconhecido o seu direito. E, finalmente, é acessória, pois segue a sorte do principal, ou seja, está sempre vinculada ao resultado do processo de conhecimento ou de execução (MIRZA, 2016).

### **3.3.3.1 Dos Requisitos e Pressupostos para Decretação da Prisão Preventiva**

Para decretação da prisão preventiva, faz-se necessário a presença de requisitos legais, previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal e ocorrerem os motivos autorizadores presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal e, logicamente, desde que sejam inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares expostas no artigo 319 do Código de Processo Penal, quais sejam, as medidas cautelares diversas da prisão.

Dessa forma o Código de Processo Penal, em seu artigo 312 dispõe:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares artigo 282, §4º.

Portanto, observa-se que há necessidade de existir prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e o perigo que decorre do estado de

liberdade em que se encontra o agente, ou seja, *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*).

Cabe ao juiz, observar se existem provas capazes de confirmar um dos fundamentos, em cada caso, analisando os fatos, não sendo suficiente a simples presunção, devendo a decisão ser fundamentada, pois a Constituição emana a presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado.

Além disto, de acordo com o modelo de processo penal constitucional, a primeira observação é a necessidade de fundamentação, a qual deverá estar presente em qualquer decreto prisional, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – PRISÃO EM FLAGRANTE – DENEGAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO DO ATO QUE MANTÉM A PRISÃO EM FLAGRANTE - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – SIGNIFICADO E ALCANCE DO ART. 310, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP - PEDIDO DEFERIDO, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AO CO-RÉU. – A prisão cautelar – qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) – somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do “status libertatis” do indiciado ou do réu. Precedentes. - Aquele que foi preso em flagrante, embora formalmente perfeito o auto respectivo (CPP, arts. 304 a 306) e não obstante tecnicamente caracterizada a situação de flagrância (CPP, art. 302), tem, mesmo assim, direito subjetivo à obtenção da liberdade provisória (CPP, art. 310, parágrafo único), desde que não se registre, quanto a ele, qualquer das hipóteses autorizadas da prisão preventiva, a significar que a prisão em flagrante somente deverá subsistir se se demonstrar que aquele que a sofreu deve permanecer sob a custódia cautelar do Estado, em razão de se verificarem, quanto a ele, os requisitos objetivos e subjetivos justificadores da prisão preventiva. Doutrina. Jurisprudência. - Constitui situação de injusto constrangimento ao “status libertatis” do indiciado ou do réu a decisão judicial que, sem indicar fatos concretos que demonstrem, objetivamente, a imprescindibilidade da manutenção da prisão em flagrante, denega, ao paciente, a liberdade provisória que lhe assegura o parágrafo único do art. 310 do CPP. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE

QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes (STF, HC Nº 94157 REL. MIN, CELSO DE MELO).

Nesse sentido entende Mirabete, que a prisão preventiva é considerada medida de extrema exceção, que por sua vez só se justifica em situações específicas, em casos excepcionais onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável (MIRABETE, 2002). Diante disso, tal medida deve ser efetiva e idoneamente fundamentada, pois a jurisprudência é taxativa em afirmar que não basta mera referência quanto à gravidade genérica do delito ou à aplicação da lei penal, devendo ser a decisão lastreada em motivos concretos, com razões fáticas e jurídicas que justifiquem a restrição da liberdade.

#### 3.3.3.1.1 **Fumus Comissi Delicti**

Os requisitos relacionados a prova de existência do crime e indício suficiente de autoria consubstanciam o *fumus comissi delicti*, ou aparência do delito que deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória, como pressuposto para decretação da medida. Importante salientar que em caso de dúvida sobre a presença de algum dos requisitos legais não se decreta a prisão.

A prisão preventiva só se justifica diante da existência do crime e de sua autoria. Sendo este o pressuposto do *fumus comissi delicti*. Ele se verifica com

a constatação, no conjunto probatório do caso concreto, da prova de existência do crime e indícios de autoria.

No tocante, aos indícios suficientes de autoria, é necessário que seja feito um juízo de probabilidade, a cognição vertical do juiz não é exauriente, não são necessárias provas cabais, robustas que gerem a absoluta certeza da autoria.

Dessa forma, basta apontamentos que o acusado é autor do ilícito penal que ora se apura. Isso, porque se trata de medida cautelar, e, dessa forma, não há que se falar em juízo de certeza, mas sim um mero juízo de probabilidade. O julgamento não é tão aprofundado como o de mérito, mas deve ter uma profundidade suficiente para tranquilizar o julgador. Trata-se de um juízo do provável, não bastando o juízo meramente do possível (TÁVORA, 2014).

Já em relação a prova da existência do crime, refere-se à materialidade do ilícito penal, ou seja, a existência do corpo de delito. Tal materialidade, deverá ser atestada por laudo pericial, documentos ou prova testemunhal idônea.

Diante disso, cabe afirmar que a fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas sim um juízo de probabilidade razoável.

#### 3.3.3.1.2 **Periculum Libertatis**

Para qualquer medida cautelar uma das condições fundamentais é o *periculum in mora*. Deve se demonstrar que a medida pleiteada é urgente e necessária para evitar um perigo a algum bem jurídico relevante para o processo ou para a sociedade. No processo penal a expressão é comumente substituída por *periculum libertatis*.

A necessidade da medida, é demonstrada em contraponto ao perigo que a liberdade do acusado pode trazer ao processo. Dessa forma, nas situações em que se estiver diante de uma medida cautelar, será imprescindível questionar se há efetiva necessidade de sua decretação para a proteção de determinados bens jurídicos (GARCETE, 2012).

De acordo com o Código de Processo Penal o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) é o perigo decorrente da liberdade do sujeito, que traz

risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (TÁVORA, 2014).

Segundo Távora, “o *periculum libertatis* é o risco provocado pela manutenção da liberdade do sujeito passivo da persecução penal” (TÁVORA, 2014).

Dessa forma estará configurado o *periculum libertatis* quando presentes fatores preestabelecidos como fundamentos que representam o perigo da liberdade do agente, justificando seu cerceamento, conforme abordado a seguir.

#### **3.3.3.1.3 Conveniência da Instrução Criminal e Aplicação da Lei Penal**

No tocante a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e para assegurar à aplicação da lei penal, são requisitos evidentemente instrumentais, pois funcionam como medida cautelar para garantir a efetividade do processo principal (TÁVORA, 2014).

Por conveniência da instrução criminal entende-se que a prisão deve ser decretada em razão da perturbação ao regular andamento do processo, visa-se proteger a investigação ou o processo contra a atuação do acusado, que pode buscar prejudicar a veracidade das provas. Ou seja, se o autor do fato, em liberdade, ameaçar as testemunhas, tentar subornar o perito, ameaçar o juiz ou promotor que funciona no processo, entre outros atos que obstem o seu regular andamento. Diante disso, a custódia cautelar garantirá um processo justo, a verdade processual, o contraditório e a ampla defesa, e a livre formação da convicção pelo juiz (TÁVORA, 2014).

Dessa forma caso o réu possa, perturbar o processo, efetivamente, vindo à ameaçar testemunhas ou destruir provas, caberá a imposição da prisão preventiva. Contudo, havendo mera suspeita fundada de que a sua liberdade irrestrita pode ser meio condutor de problemas para a instrução, aplica-se a medida cautelar alternativa (NUCCI, 2014).

Quanto a assegurar a aplicação da lei penal, o que se objetiva é neutralizar o perigo de fuga. Busca-se garantir à finalidade útil do processo, que o réu esteja presente durante o processo e especialmente, se houver a aplicação da eventual sentença condenatória. No entanto, não bastam apenas



presunções e sim elementos concretos que indiquem que o agente está se preparando para fugir ou obstaculizar o cumprimento de eventual sentença condenatória. Contemplam-se as hipóteses em que há risco real de fuga do acusado, e conseqüentemente impossibilitando-se à aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória (MENDONÇA, 2011).

Constatando-se que o acusado tem por fim não comparecer aos atos do processo, apenas para não ser reconhecido, ou até mesmo se pretende fugir do País para não ser alcançado pela lei penal, reflete na conveniência da instrução e insere-se neste contexto. Entretanto, pode ser dúplice o motivo, ou seja, tanto a fuga prejudica a instrução criminal, quanto a aplicação da lei penal (NUCCI 2014).

Isto posto, enquanto por um lado se verifica evidentemente o caráter instrumental ligado à decretação da prisão preventiva para assegurar a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei processual penal, por outro lado os requisitos da tutela da ordem pública e de tutela da ordem econômica, a seguir expostos, não implicam proteção processual.

#### **3.3.3.1.4 Garantia Da Ordem Econômica**

A ordem econômica foi hipótese introduzida ao Código de Processo Penal, visando coibir os abusos à ordem econômica, pela Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste). Esse fundamento tem o objetivo de proteger a ordem econômica das condutas que a agridem, pois ameaçam o sistema financeiro ou ações e valores. Dessa forma, visa evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica.

Nesse sentido, existindo ameaça demonstrada de que o agente, solto, continue delinquindo e perturbando a ordem econômica, a medida poderia se afigurar necessária.

A Lei nº 8.884/94, em seu artigo 86, incluiu no artigo 312 do Código de Processo Penal a expressão ordem econômica. Com isso, quis o legislador

permitir a prisão do autor do crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação de mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. A prisão para garantir a ordem econômica somente poderá ser decretada se se tratar de crimes previstos nas Leis nº 8.137, 8176/91, 8.078/90 e 7.492/86 e demais normas que se referem a ordem econômica, como quer o artigo 170 da Constituição Federal e seguintes (RANGEL, 2012).

Dessa forma, busca-se tutelar os bens jurídicos indicados no art. 170 da Constituição Federal como a livre concorrência, a livre iniciativa e a defesa do consumidor. A garantia da ordem econômica como fundamento da prisão preventiva foi mantida pela Lei 12.403/1168.

Contudo, cabe mencionar que, se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas (PACELLI, 2015).

A ordem econômica como pressuposto para prisão preventiva possui equivalência com o conceito de ordem pública com o objetivo de evitar a prática de novas infrações penais, especificamente em relação aos crimes econômicos em geral, ou seja, crimes contra a ordem econômica, contra a economia popular, contra a relação de consumo, contra a propriedade industrial, contra o sistema financeiro, de lavagem de dinheiro (MENDONÇA, 2011).

Vale salientar que esta prisão se destina aos casos em que a conduta delitiva seja de tamanha magnitude que possa abalar as instituições financeiras brasileiras devidamente autorizadas para funcionar a macroeconomia do país ou a credibilidade de seus investidores. Os delitos definidos em outras leis, como a Lei de Licitação (8.666/93, art. 89) ou como a Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/98, art.1º), não estão contemplados neste pressuposto por falta de previsão em lei, mesmo que possam gerar consideráveis prejuízos para a sociedade (SILVA, 2011).

Este fundamento quando foi introduzido pela Lei Antitruste, não se visava só criar um fundamento novo para a prisão preventiva, mas também sinalizar ao intérprete e ao magistrado que se deve ser mais severo com os

delitos da ordem econômica. Isso se deve porque a criminalidade econômica reflete muito mais intensamente no interesse da coletividade que os delitos contra o patrimônio.

### 3.3.3.1.5 **Garantia Da Ordem Pública**

A ordem pública, por sua vez, é a expressão mais aberta e mais ampla de todos os fundamentos da prisão preventiva. Tem como objetivo evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal, caso permaneça em liberdade. Seja porque o agente se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido.

Contudo, tal expressão é de conceito jurídico vago e impreciso, pois a legislação vigente não define seu conceito, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais que não possuem consenso quanto ao seu real significado, entendida normalmente como a paz, a tranquilidade no meio social. Sendo assim, a prisão preventiva do acusado é decretada para a garantia da ordem pública quando se verificar o risco de que a tranquilidade social será ameaçada pela prática de novos delitos (MENDONÇA, 2011).

Um dos fundamentos que justifica a prisão com base na ordem pública é o risco de reiteração criminosa pelo. Tal fundamento tem como objetivo principal evitar que o acusado em liberdade continue a praticar novos delitos ou incentive que outros o cometam. A finalidade é acautelar o meio social, proporcionando ao cidadão, maior tranquilidade, prevenindo a prática de delitos (SILVA, 2011).

Trata-se de expressão com uma abertura conceitual que acaba tornando-o fundamento preferido para a concessão da prisão preventiva. Apresenta-se em eterna crise de identidade, não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio a prisão decretada sob este fundamento, pois não possui caráter cautelar, assumindo contornos de cumprimento antecipado da pena, pois não se presta a instrumento a serviço do processo penal (LOPES, 2016).

A prisão preventiva decretada sob o fundamento da ordem pública, acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que

o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade. Isso desvirtua o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória.

Com isso, ocorre flagrante violação ao devido processo legal e a presunção de inocência, pois se afasta do caráter instrumental, da proteção ao bom desenvolvimento do processo e da eficácia de seu resultado. Isso, pelo fato de ter sido concebida como um tipo de recurso para atender a fins estranhos ao processo, ao contemplar os interesses da sociedade em detrimento dos direitos e das garantias individuais.

Diante disso, o que se observa é que termina se prestando à cumprir as funções de prevenção geral e prevenção especial, situação em que a prisão seria utilizada como uma forma de retribuição ao mal causado, atuando como uma pena antecipada. Isso não se reveste de legitimidade, pois a prisão pena pressupõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado, não podendo jamais tais funções serem buscadas na via cautelar.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. leciona:

Não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até, porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam artem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública (AURY LOPES JR, 2013, p.93).

A prisão preventiva sob o fundamento da ordem pública se afasta de seu caráter instrumental de tutela do bom andamento do processo penal e da eficácia de seu resultado ínsito a toda e qualquer medida cautelar, e termina por servir de inaceitável instrumento de justiça sumária (DELMANTO, 2001).

A jurisprudência e a doutrina justificaram o uso da hipótese da decretação da prisão preventiva com a justificativa da garantia da ordem pública com bases em alguns fundamentos, como: comoção social, perigosidade do réu, crime perverso, insensibilidade moral, os espalhafatos da mídia, reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão, credibilidade da justiça, idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se a expressão genérica ordem pública.

Nessa esteira, observa-se que na maior parte das situações é o próprio juiz ou órgão do Ministério Público, que mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de garantir a ordem pública, sem absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo fruto dos preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da justiça.

O clamor social é um dos argumentos mais utilizados, totalmente ausente de função cautelar e contrário aos princípios constitucionais, pois nesse caso, a decretação da prisão preventiva seria em virtude da gravidade abstrata do delito. Na maioria dos casos, esse argumento se concebe como clamor publicado, na imprensa e canais televisivos com foco para atividades policiais. Esse argumento é utilizado, apesar de ser entendido pelo Supremo Tribunal Federal como inidôneo.

Cercear a liberdade de alguém sob o argumento de credibilidade da justiça é também inadmissível, pois isso se faz através de políticas públicas. Também não devem ser utilizados outros argumentos como garantia da paz social, pois o dever de paz social é de responsabilidade da segurança pública, e não do processo penal. Além disso, levar alguém a prisão sob o argumento da periculosidade, bem como sob a possibilidade de voltar a delinquir, seria uma dupla presunção de culpabilidade.

Não se pode confundir ordem pública com o estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime. Nem mesmo a prática de crime definido como hediondo justifica a prisão preventiva se não estiverem presentes os pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (MIRABETE, 1998).

A periculosidade, os holofotes da mídia, reiteradas divulgações em meios de comunicação, tudo isso se ajusta a expressão genérica ordem pública. Esse tipo de justificativa para prisão preventiva não passa de uma execução sumária, ou seja, o réu é condenado antes de ser julgado, o que nada tem a ver com cautelar (TOURINHO, 2010).

Nesse diapasão, verifica-se que os argumentos para a decretação da prisão preventiva se tornam argumentos construídos pela mídia, pela sociedade, por alguns julgadores justiceiros e, dessa forma, há a violação de todas as garantias penais asseguradas ao indivíduo, ferindo sua dignidade.

A prisão preventiva funcionaria como um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. A liberdade do indivíduo seria cerceada para reafirmar a credibilidade no aparelho estatal repressor.

Segundo Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal:

A prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, pois não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas sim atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, não pode ser decretada com base no estado de comoção social e de eventual indignação popular, isoladamente considerados. Também não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação de segregação cautelar, a alegação de que o acusado, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública (STF, HC Nº 80.719/SP, 2ª TURMA, REL. MIN, CELSO DE MELO).

Com efeito, no conceito de ordem pública encontram-se variados enunciados que ensejariam a custódia cautelar. Como bem salientou Tourinho Filho, se ajusta a expressão genérica ordem pública. Para ele, trata-se, de um grande guarda-chuva, sem um fio condutor que confira lógica sistêmica à prisão preventiva pautada nesse requisito. Destarte, observa-se que a maior utilidade consiste em mascarar decisionismo e antecipar a pena de acusados, sempre com fins estranhos à garantia do processo principal (TOURINHO, 2010)

### **3.3.3.2 Circunstâncias ou Condições de admissibilidade**

São previstas duas modalidades de prisão preventiva introduzidas pela Lei 12.403/11. A primeira modalidade é a preventiva originária ou autônoma, a qual é possível de ser aplicada independentemente de qualquer outra medida cautelar anterior. A segunda modalidade é a prisão preventiva substitutiva, a qual possui a função de substituir medida anterior à prisão anteriormente

aplicada, em caso de descumprimento, de qualquer das obrigações impostas, pelo acusado ou investigado.

No tocante as condições de admissibilidade que possibilitam a decretação da prisão preventiva autônoma, são previstos no art. 313 do Código de Processo Penal as circunstâncias e crimes que permitem a sua decretação.

#### **3.3.3.2.1 Crime Doloso com Pena Máxima superior a quatro anos**

A primeira condição de admissibilidade e a de maior importância, por ser a regra geral, está prevista no inciso I do art. 313 do Código de Processo Penal. Ela menciona que é cabível a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Vale salientar, que se interpretando a contrário sensu resta afastado o cabimento de prisão preventiva nos casos de contravenções, pois a lei faz referência expressa ao crime, excluindo-as por consequência. Da mesma forma não é possível a decretação da prisão preventiva nos crimes culposos (NICOLITT, 2011).

A perspectiva do legislador é de que, a prisão preventiva se mostra desproporcional, pois nestas hipóteses não ocorre a aplicação da pena privativa de liberdade ao final do processo (MENDONÇA, 2011).

#### **3.3.3.2.2 Reincidência em Crime Doloso**

A segunda condição de admissibilidade está fora de consonância com a jurisprudência que sempre negou a aplicação do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal, o qual permitia o réu reincidente de apelar em liberdade, por isso é muito questionada pela maioria dos doutrinadores:

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória ou condenado por crime de que se livre solto. (Revogado pela Lei 11.719 de 2008).

Além disto, esta condição confronta o princípio de interpretação da lei segundo o espírito do legislador que revogou expressamente o art. 393 e o inciso. I do Código de Processo Civil que previa:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I- ser o réu preso ou conservado em prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

#### **3.3.3.2.3 Violência Doméstica**

O inciso III do art. 313 afirma que será cabível a prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Constituindo exceção à regra geral, permitindo a decretação da prisão preventiva mesmo que a infração possua pena máxima igual ou inferior a quatro anos (MENDONÇA, 2011).

#### **3.3.3.2.4 Dúvida sobre identidade civil**

Constitui também exceção ao inciso I a previsão do parágrafo único do art. 313, quando afirma que “também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado em liberdade imediatamente após a identificação”

Tendo em vista que a Lei não faz distinção, a prisão preventiva neste caso será cabível tanto no caso do crime doloso quanto culposo. Porém, a decretação da prisão preventiva no caso de crime culposo deve ser muito excepcional, pois, ao final do processo, será aplicada pena restritiva de direito (MENDONÇA, 2011).

Tal modalidade de prisão em muito se aproxima da prisão para averiguação. A Lei 7.960/89, em seu artigo. 1º, inciso. II, já previa a possibilidade de prender alguém para esclarecimento da identidade. Contudo, a doutrina tinha fundamentado a matéria exigindo a combinação deste inciso com o inciso III que trazia um rol taxativo de crimes passíveis de prisão temporária (NICOLITT, 2011).

Nesta hipótese a prisão deve existir somente até que haja a identificação do acusado, situação na qual, deverá o agente ser colocado imediatamente em liberdade, ressalvada a hipótese em que permanecerem presentes os motivos para a decretação da prisão preventiva (MENDONÇA, 2011).



### 3.3.3.3 Prazos

A prisão preventiva não possui prazo máximo previsto pela legislação brasileira. Contudo, isto não significa que esta deve ter duração indefinida, pois somente deve ser mantida enquanto houver sua necessidade. Dessa forma, uma vez encerrada a fase instrutória, a medida torna-se desnecessária.

Irradia, ainda, do princípio da proporcionalidade que a prisão cautelar não pode ser mais gravosa que a pena a ser fixada ao final do processo. Ocorrerá coação ilegal se o suspeito ficar preso por mais tempo do que determina a lei (SILVA, 2011).

Caso durante o inquérito o delegado represente pela prisão preventiva ele irá relatá-lo e encaminhá-lo ao Ministério Público, o qual oferecerá para a denúncia. Por sua vez, se a prisão for decretada e efetivada, o Parquet passará a ter cinco dias para oferecer a denúncia, não podendo requerer o retorno do inquérito para a delegacia de polícia para novas diligências (NICOLITT, 2011).

Se o Ministério Público entender que há necessidade de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, indiretamente, o promotor está dizendo que não estão presentes os indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, devendo a prisão ser revogada segundo o art. 316 do Código de Processo Penal.

No tocante ao prazo máximo, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram um critério aritmético, no qual somam-se os prazos do antigo procedimento ordinário que chegava a 81 dias, segundo o art. 8º da Lei 9.034/95, alterados pela lei 9.303/96:

O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 dias, quando o réu estiver preso, e de 120 dias, quando solto.

O procedimento ordinário foi alterado pela Lei 11.719, em 2008, passou a variar de 105 dias na Justiça Estadual e 125 dias na Justiça Federal, podendo este prazo ser aumentado em razão de incidentes previstos (MENDONÇA, 2011).

#### **4. O EXAME DA FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.**

O respeito às leis, em um Estado Democrático de Direito, é inegociável, pois, do contrário, prevalecerá a insegurança jurídica. Ressalte-se que em matéria processual penal, vige a estrita legalidade. Sendo assim, não pode o juiz penal valer-se, buscando a analogia no Processo Civil, do chamado poder geral de cautela.

Com efeito, as medidas cautelares deferidas, incluindo-se a prisão provisória devem guardar estrita legalidade e correspondência com os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais

Os tribunais superiores ao decretarem a prisão preventiva utilizam, na maioria dos casos a garantia da ordem pública como fundamento. Tendo em vista a vagueza e abstração da expressão ordem pública, a qual não foi delimitada pelo legislador, observa-se uma abertura cognitiva que confere ao magistrado uma margem de liberdade extensa ao caracterizar situações como pertencentes à esse requisito.

No entanto, diante disso, de forma a tentar compatibilizar, tal abertura conceitual da expressão no cerceamento de liberdade, ao Estado Democrático de Direito e à luz da Constituição da República, onde a regra é a liberdade, presunção da inocência, legalidade e taxatividade, traçaram-se contornos para expressão.

Nesse contexto, a garantia da ordem pública tem contornos e limites que a caracterizam pela comoção social causada pelo crime, pela sua gravidade abstrata, quando ficar demonstrada, com base nos elementos concretos: a) a necessidade de fazer cessar a reiteração criminosa a periculosidade do imputado; b) a particular execução do crime; c) envolvimento com organização criminosa; d) a habitualidade da conduta; e) a periculosidade do imputado. O que importa é que existam elementos concretos, não meramente abstratos (NUCCI, 2015):

É o que se verifica no informativo de jurisprudência nº0343 da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, de onde se extrai o seguinte texto:

PRISÃO PREVENTIVA. CRIME. DIREÇÃO. VEÍCULO. BEBIDA.  
Trata-se de paciente denunciado como incurso nas penas do art. 121 do CP, com prisão preventiva mantida em razão da forma como se deu o crime e ao argumento de que sua liberdade importaria em estímulo à volta da prática delituosa. Pois o paciente assumiu o risco de dolo eventual ao dirigir veículo após ingerir bebida alcoólica o que resultou no atropelamento de ciclista que, devido às lesões, veio a falecer. Ressaltou a Min. Relatora que a probabilidade de reiteração delitiva (pois o paciente é dependente alcoólico), baseada e avaliada em elementos concretos, assim como a forma como se deu o crime podem ser consideradas fundamentos idôneos a justificar a manutenção da prisão em flagrante para garantia da ordem pública. Outrossim, observou que não há supressão de instância quando, sobrevinda a decisão de pronúncia, essa não acrescentou

qualquer fundamento à decisão que indeferiu a liberdade provisória. Precedentes citados: HC 74.699-RS, DJ 13/8/2007; HC 76.537-PR, DJ 4/6/2007; HC 50.498-GO, DJ 12/2/2007; RHC 17.749-BA, DJ 6/2/2006; HC 51.963-SP, DJ 21/5/2007, e HC 49.255-SP, DJ 14/5/2007. HC 82.427-PR, **Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17/12/2007**. (STJ- Inf.0343- período 17/09/01 a 8/02/ 08).

Conforme demonstrado no informativo acima, atualmente, os nossos tribunais utilizam a garantia da ordem pública para fundamentar a decretação da prisão preventiva com o objetivo de se evitar a possibilidade de o agente reiterar a conduta delitiva.

Nesse sentido, Fernando Capez leciona que a hipótese da garantia da ordem pública se resume a inibir o sujeito de reiterar em conduta delitiva, ou que “acautele” a sociedade, bem como para assegurar a credibilidade das instituições públicas em delitos de agigantado clamor social (CAPEZ, 2009).

Contudo, tal posicionamento, afronta diretamente o princípio da inocência, conforme os ensinamentos de Roberto DELMANTO JÚNIOR: não há como negar que a decretação da prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado.

Ademais, no entendimento do doutrinador Aury LOPES JÚNIOR, quando, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia de Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal.

Verifica-se ainda, dentro do mesmo contexto, a decretação da prisão preventiva sob o fundamento da ordem pública levando-se em consideração a reiteração, modus operandi e a periculosidade do agente, habitualidade e reincidência. Nesse sentido, contempla-se o informativo de jurisprudência nº0431 da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, de onde se extrai o seguinte texto:

PRISÃO PREVENTIVA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS.

Para o Min. Relator, as condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, garantir a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia. Além disso, ao contrário do que afirma a impetração, no caso dos autos, a prisão preventiva está satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, evidenciada não só na gravidade do crime, mas também em razão do *modus operandi* de sua conduta criminosa que, tal como praticada, extrapola o convencional. Ressalta que, segundo consta dos autos, o paciente vem cometendo crimes sexuais contra menores e, entre elas, sua própria filha. Daí ter sido denunciado como incurso nas sanções do art. 214 c/c o 224, a; 213 c/c 224, a, e 226, II, por várias vezes, na forma do art. 71, todos do CP (antiga redação). Ademais, consta também dos autos que o paciente vem promovendo diversas ameaças contra os familiares das vítimas, o que é fundamento suficiente para manutenção da segregação cautelar, uma vez que há concreta possibilidade de ameaça contra a vítima e testemunhas. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem. Precedentes citados: RHC 18.170-MG, DJ 21/11/2005; RHC 17.809-CE, DJ 14/11/2005; HC 42.061-DF, DJ 26/9/2005, e HC 44.752-GO, DJ 26/9/2005. HC 155.702-GO, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 20/4/2010. (STJ- Inf.0431- período 19/04 a 23/04/ 08).

Entendimento contrário a esta jurisprudência é trazido pelo saudoso doutrinador Aury Lopes Júnior, para ele não é de se admitir a decretação da prisão preventiva sob o fundamento da manutenção da ordem pública, tendo em vista o perigo de reiteração de condutas delitivas. Pois seria exercício de “vidência” por parte dos julgadores. Além disso é uma previsão totalmente impossível de ser realizada, sendo flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção permitida pela Constituição é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros.

Ao se realizar a análise das decisões que decretam ou mantêm a prisão preventiva, observa-se que os magistrados, em número considerável, fundamentam suas decisões no pressuposto da ordem pública sob o argumento da reincidência dos acusados. Contudo, conforme leciona José Laurindo de Souza Netto, isso só é possível em caso de constatado sentença condenatória irrecorrível em face do acusado dessa forma, de acordo com o entendimento do doutrinador José Armando da Costa, o indiciado deve ser tratado como inocente, pois esta condição só não se mostra mais presente quando surge em seu desfavor sentença condenatória com transito em julgado. Por conseguinte, vale ressaltar, tendo por base o princípio do bis in idem, uma pessoa não pode ser punida mais de uma vez pelo mesmo fato. Dessa forma,


seus antecedentes criminais não podem refletir em suas futuras decretações de prisão preventiva, pois estão apenas presentes os indícios de autoria e prova da existência do crime, não estando constituído o juízo de culpa

Ademais, ressalte-se que, conforme entendimento jurisprudencial tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, para decretação de prisão preventiva não constitui fundamento suficiente o simples clamor público ou a credibilidade da justiça, nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade, por si só e abstratamente considerados. Nesse sentido, extrai-se o seguinte posicionamento da Suprema Corte nas palavras do ministro Celso de Melo, senão vejamos:

HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI 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 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. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. ABANDONO DO DISTRITO DA CULPA PARA EVITAR SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA - DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. - Não cabe prisão preventiva pelo só fato de o agente - movido pelo impulso natural da liberdade - ausentar-se do distrito da culpa, em ordem a evitar, com esse gesto, a caracterização da situação de flagrância. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. DISCURSOS DE CARÁTER AUTORITÁRIO NÃO PODEM JAMAIS SUBJUGAR O PRINCÍPIO DA LIBERDADE. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. (STF - 2ª Turma - HC 80719/SP - Min. Celso de Melo - j. 26/06/01).

No mesmo sentido, extrai-se o seguinte posicionamento da Suprema Corte, nas palavras do ministro Cezar Peluso:

EMENTAS: 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus, sem fundamentação. Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. Precedentes. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere pedido de liminar. 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. Interpretação do art. 366, caput, do CPP. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado também na necessidade de identificação dos co-réus e de prevenção de reincidência. Inadmissibilidade. Razões que, não autorizando a prisão cautelar, guardam contornos de antecipação de pena. Precedentes. Interpretação do art. 366, caput, do CPP. HC concedido, com extensão da ordem aos co-réus. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado na necessidade de identificação dos co-réus e de prevenção de reincidência.  (STF - 1ª Turma - HC 87468/SP - Min. Cezar Peluso- j. 29/06/06)

Contudo, a jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado uma vez em conjunto com o *fumus comissi delicti* e com o *periculum libertatis*, será válido o fundamento da ordem pública para decretar a prisão preventiva tendo por base o clamor público, a credibilidade da justiça, desde que concretamente aferidos e considerados.

Nesta esteira, segundo entendimento de Guilherme de Souza Nucci, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública pode ser decretada nas situações de comoção social, ou seja, quando estiver presente o binômio gravidade da infração mais repercussão geral, ou seja, nos casos que abalam a sociedade.

Em contraponto a esse entendimento jurisprudencial e doutrinário supramencionado, doutrinadores igualmente relevantes entendem ser inconstitucional a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, mesmo que claramente estejam presentes a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, pois tal fundamento não tutela o



processo de conhecimento, e ainda a abstração do conceito possibilita atuação subjetiva por parte do magistrado.

Conforme lição de Aury, a prisão preventiva com fundamento na ordem pública, não possui natureza cautelar, pois não se presta a tutelar o processo. Configura-se inclusive uma flagrante inconstitucionalidade, pois como o cerceamento é exceção no ordenamento jurídico pátrio, suas hipóteses de cabimento devem estar de forma estrita prevista em lei, com observância ao princípio da legalidade e da taxatividade.

A prisão preventiva como garantia da ordem pública é inconstitucional, pois não são cautelares e não tutelam processo de conhecimento, além de possuir um conceito vago e sujeito às atuações ex officio subjetivas pelo magistrado. Tal justificava é, portanto, medida de segurança pública, não podendo realizar uma expansão ilegal das medidas cautelares excepcionais.

Vale salientar, que no âmbito internacional destaca-se a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico pátrio (Dec. 678/1992), sucedida pela aceitação da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1988 (MIRZA, 2016).

No tocante ao direito fundamental à liberdade pessoal, inscrito no artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, há remansosa jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos impondo significativos limites à prisão processual, a exemplo das sentenças proferidas nos casos *Súarez Rosero vs. Equador*, *López Álvarez vs. Honduras*, dentre outros (MIRZA, 2016).

Quanto às circunstâncias legitimadoras da prisão processual, a Comissão aduz que o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos as circunscreve àquelas finalidades estritamente processuais, ligadas a aplicação da lei penal ou garantia da investigação ou fatos imputados (§81) (MIRZA, 2016).

Insta destacar, que são consideradas ilegítimas, pela Comissão, quaisquer circunstâncias autorizadoras da prisão processual que tenham caráter substantivo, ou seja, que lhe atribuam caráter de prisão pena, tais como: periculosidade do acusado; possibilidade de reiteração delitiva; repercussão social dos fatos entre outros. Isso porque tais circunstancias se baseiam em critérios de Direito Penal material, próprios da resposta punitiva,

e não processuais. Tratam-se de circunstâncias baseadas na valoração de fatos pretéritos, sem qualquer correspondência com as finalidades das medidas cautelares processuais penais, sempre vinculadas aos fins da investigação ou do processo criminal (§84) (MIRZA, 2016).

Em relação às circunstâncias do risco de fuga do acusado e da frustração da investigação criminal ou instrução processual, a Comissão impõe requisitos na sua interpretação e aplicação. Sendo assim, tais circunstâncias não podem decorrer de meras alegações da parte, devendo estar fundadas em fatos objetivos e provados no caso concreto (MIRZA, 2016).

Assim sendo, o único paradigma da prisão processual aceitável no Estado Democrático de Direito é o sobredito paradigma constitucional e convencional, sobe pena de inconstitucionalidade, além de caracterização de ilícito perante o ordenamento jurídico internacional, sujeitando o Estado Brasileiro às sanções da Corte Interamericana de Direitos Humanos (MIRZA, 2016).

## **CONCLUSÃO**

No decorrer do presente estudo constatou-se que, não obstante a decretação da prisão preventiva lastreada na garantia da ordem pública como

fundamento estar regularmente incluída, no ordenamento jurídico pátrio., é um instituto bastante controvertido.

No tocante, à hipótese ventilada no início desta pesquisa: a ordem pública, como pressuposto legitimador da prisão preventiva, é compatível com um Estado Democrático de Direito? Neste diapasão, é relevante notar que a prisão preventiva tem como objetivo garantir a eficácia da sentença judicial futura, funciona como instrumento a serviço do processo penal e somente poderá ser decretada quando for estritamente necessária. De acordo com valores hauridos da Constituição Federal, a prisão preventiva deve ser medida excepcional e evitada, pois acaba por se tratar de uma punição antecipada do indivíduo que tem seu bem da vida, qual seja, sua liberdade, cerceada.

Nesse viés, inúmeros doutrinadores abalizados entendem pela inconstitucionalidade do embasamento. Isso se dá, não só pela falta de consonância em relação aos fins da prisão cautelar, mas também pela ampla discricionariedade que é conferida por esse instituto aos magistrados quando de seu uso. Isto porque permitem decisões lastreadas apenas em aspectos pessoais e subjetivos, uma vez que conceito de ordem pública ou extrema necessidade pode ser interpretado de várias formas, possibilitando, portanto que sejam levados em consideração os pensamentos e valores pessoais do julgador, o que acarreta grave violação ao princípio da estrita legalidade.

Nesse mister, observa-se a relevância do tema, tendo em vista que a previsão de um fundamento vago, impreciso, esdrúxulo, desprovido de significado e elementos cautelares, gera alarmante risco ao direito constitucional de liberdade do sujeito e acarreta inestimáveis prejuízos ao Estado Democrático de Direito.

De acordo com as alegações acima referidas, ao longo do presente estudo, pode-se verificar que a prisão preventiva decretada sob o pressuposto da ordem pública afronta diretamente a Constituição da República de 1988. Isso se dá, uma vez que, em seu artigo 5º, inciso LIV, reza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, o inciso LVII reza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e o inciso LXVI reza que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem

fiança”, violando desta maneira um princípio inerente a todos os seres humanos, o da presunção de inocência ou in *dúbio pro reo*.

Note-se, pois, que a expressão ordem pública como pressuposto para decretação da prisão preventiva, vulnera a presunção de inocência e o correlato direito de liberdade do acusado. Isso porque, sem qualquer justificação constitucional, a jurisprudência os compreende, baseado em diversos fatores, valendo-se de equivocada “ginástica hermenêutica”, como forma de eficácia a persecução criminal. Ou seja, ignora-se a escolha do constituinte e até do legislador infraconstitucional, haja vista o teor do artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal. Havendo, a rigor, repise-se, verdadeira antecipação da pena.

Nessa esteira, partindo da premissa de que o processo é uma hipótese, que pode não se confirmar, deve-se ter máxima cautela quando da decretação de medidas segregacionistas. No entanto, constata-se que o processo penal, não obstante as mudanças que já passou, ainda não se configura como o meio mais adequado para se garantir os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, tendo em vista que seus institutos das prisões cautelares, são baseados principalmente em presunções e não em um juízo de certeza, rompendo e maculando algumas máximas da nossa Lei Maior.

O que se afirma, é que tanto a jurisprudência quanto a doutrina que sustenta ser a ordem pública um fundamento válido a decretar a prisão preventiva, reproduzem entendimentos que servem como escolha teórico de um processo penal antidemocrático. Dessa forma a ausência de uma verdadeira cultura jurídica democrática, permite que o processo penal seja considerado como uma ferramenta para se punir, e não como um instrumento de proteção do acusado perante o poder estatal.

Portanto, ao lado das lacunas cognitivas, que seriam um problema grave por si, tem-se a ativação dos objetivos inconscientes, que outorgam, novamente, ao processo penal, uma deficiência de cognição probatória. Cabendo-se, portanto, se falar em direito fundamental à devida cognição no processo penal. Sendo assim, decretação da prisão preventiva utilizando como pressuposto a ordem pública está maculada de flagrante inconstitucionalidade, porque afronta o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal), viola o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o

princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal).

Por fim, em decorrência de toda a pesquisa desenvolvida, se acredita imperioso o reconhecimento da incongruência da garantia da ordem pública com a Carta Magna, dando seguimento ao posicionamento da doutrina, que vê na hipótese o amparo de fundamento que promove o desvirtuamento do instituto, e adquire forma de pena antecipada, tornando a excepcionalidade da prisão em regra, afrontando o princípio da presunção de inocência, da legalidade, do contraditório e ampla defesa, do devido processo legal e consequentemente do Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de Outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 março. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 80719. Segunda Turma Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 26/06/01. Disponível em: <<http://http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.+E+80719.NUME.+E+20010626.JULG.&base=baseAcordaos>>. Acesso em 22 novembro. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 87468. Primeira Turma Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgado em 29/06/06. Disponível em: <<http://http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.+E+87468.NUME.+E+20060629.JULG.&base=baseAcordaos>>. Acesso em 22 novembro. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 0343. Período 17 de setembro de 2001 a 8 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea&acao=pesquisar&livre=prisao+preventiva+e+ordem+publica&refinar=S.DIS.P.&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31>>. Acesso em 20 novembro. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 0431. Período 19 a 23 de abril de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10374537>>. Acesso em 20 novembro. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94157. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Publicado no DOU 25.03.2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**; 11 ed., 2ª tiragem; editora Forense – Rio de Janeiro, 2005.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7 ed. São Paulo Malheiros, 1999.

FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**, 3 ed., São Paulo: RT., 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 6. ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. 32 ed. Petrópolis: Vozes.

GARCETE, Carlos Alberto. **Breves impressões acerca da novel Lei n. 12.403/11: lei das novas medidas cautelares penais**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39818>>. Acesso em: 23 out. 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 25, n .117. Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Prisões e medidas liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

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

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva**. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva3\\_edn1](http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva3_edn1). Acessado em 15 de maio de 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica**. 2.ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRZA, Flávio. Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, n .122. Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** – 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistema e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

SZESZ, André. Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 22, n .111. Revista dos Tribunais, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9 ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.