



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito**

ANA LÍVIA LUSTOSA CAMPOS

**PRISÃO PREVENTIVA:
a banalização da ordem pública mantida pelas alterações promovidas pela Lei n^o
13.964/2019**

BRASÍLIA

2021

ANA LÍVIA LUSTOSA CAMPOS

**PRISÃO PREVENTIVA:
a banalização da ordem pública mantida pelas alterações promovidas pela Lei n°
13.964/2019**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Carolina Costa Ferreira.

BRASÍLIA

2021

ANA LÍVIA LUSTOSA CAMPOS

**PRISÃO PREVENTIVA:
a banalização da ordem pública mantida pelas alterações promovidas pela Lei n°
13.964/2019**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

BRASÍLIA, _____ de 2021.

BANCA AVALIADORA

Orientadora:

Prof.^a Dr.^a Carolina Costa Ferreira

Professor(a) Avaliador(a)

À Gorethe, Jane e Patrícia, três mulheres fortes que me estenderam a mão, me ensinaram o valor do estudo e, em especial, o poder da determinação.

RESUMO

Esta pesquisa propõe a análise do instituto da prisão preventiva sob a justificativa da manutenção da ordem pública, colocando em questão a necessidade de supressão do conceito da expressão “ordem pública” ou, alternativamente, a regulamentação dos limites da sua aplicabilidade. O objetivo principal deste trabalho está relacionado às consequências trazidas ao instituto da prisão preventiva pela Lei nº 13.964/2019, que associadas aos direitos fundamentais individuais previstos constitucionalmente, e às opiniões doutrinárias acerca do assunto, trazem uma divergência relevante, considerando que há dois interesses em conflito, a proteção aos direitos e garantias fundamentais do acusado e a proteção à ordem pública. O método de pesquisa utilizado para desenvolver este trabalho foi a pesquisa teórico-dogmática, fundamentando-se no estudo da legislação brasileira, doutrina e jurisprudência. Buscou-se ainda a utilização dos princípios jurídicos, assim como as disposições existentes sobre a prisão preventiva para assegurar a ordem pública, sob uma perspectiva dedutiva. Inicialmente, discorreu-se sobre a linha do tempo do instituto da prisão preventiva, desde sua criação, até os dias de hoje, expondo os seus requisitos, hipóteses de cabimento e sua função cautelar no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, verificou-se qual a hipótese de decretação da prisão preventiva viola o princípio constitucional da presunção de inocência. No capítulo seguinte, tratou-se especificamente da prisão preventiva sob a fundamentação de manutenção de ordem pública, bem como outras hipóteses que justificam a sua aplicação, quais sejam, o risco de reiteração delitiva e periculosidade do agente. Ato contínuo, foi analisado se a prisão preventiva fundamentada no perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado está de acordo com a natureza cautelar da medida, bem como foi examinada a prisão preventiva sob a ótica da recente alteração legislativa operada pela Lei nº 13.964/2019, à luz da Constituição Federal e da doutrina. Diante disso, concluiu-se que apesar de toda vagueza que o termo sugere, muitos decretos prisionais são considerados válidos e, portanto, sustentam a prisão preventiva, quando fundamentados no risco de reiteração delitiva e periculosidade do agente. Contudo, a decisão deve ser voltada ao caso concreto, não se admitindo argumentos abstratos para motivar a prisão. Para mais, quando da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, notou-se que não há conexão com a natureza das prisões cautelares, além de violar o princípio da presunção de inocência quando se decide, antecipadamente, que o acusado é o autor do crime e, por tal razão, passível de ser preso preventivamente.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Ordem pública. Prisão cautelar. Reiteração delitiva. Periculosidade do agente. Presunção de inocência. Pacote Anticrime.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências	26
TABELA 2 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências	30
TABELA 3 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências	33
TABELA 4 - Lista de decisões do STF similares ao HC n° 316.708/SP do STJ.	33
TABELA 5 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências	34
TABELA 6 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências	35
TABELA 7 - Lista de decisões do STJ similares ao RHC n° 55.070/MS do STJ.....	35
TABELA 8 - Lista de decisões do STF similares ao HC n° 55.070 do STJ.....	36
Tabela 9 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências	38
TABELA 10 - Lista de decisões do STJ similares ao RHC n° 53.994/SP do STJ.....	40
TABELA 11- Lista de decisões do STF similares ao HC n° 53.994/SP do STJ	41
TABELA 12- Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências	44
TABELA 13- Lista de decisões do STJ similares ao Habeas Corpus n° 573.301/RJ.	45
TABELA 14 - Lista de decisões do STF similares ao Habeas Corpus n° 573.301 do STJ.	47
TABELA 15 – Distribuição do número de presos provisórios por ano.....	48

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A PRISÃO PREVENTIVA	9
1.1 Breve linha do tempo sobre o instituto da Prisão Preventiva	9
1.2 Requisitos e cabimentos que autorizam a prisão preventiva	13
1.3 Análise da prisão preventiva à luz do princípio da presunção de não culpabilidade	17
1.4 Função cautelar da prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro	20
2 PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA.....	25
2.1 Prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública.....	25
2.2 O risco da reiteração delitiva e a periculosidade do agente como argumentos plausíveis para justificar a custódia preventiva como garantia da ordem pública.....	37
3 PRISÃO PREVENTIVA SEGUNDO AS ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME.	50
3.1 Perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado	51
3.2 A garantia da ordem pública e a maior rigidez na fundamentação das decisões de prisão preventiva	58
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A presente monografia analisará a hipótese de prisão preventiva, prevista no art. 312 do Decreto-Lei n° 3.689 de 03 de outubro de 1941, denominado Código de Processo Penal, sob a justificativa da manutenção da ordem pública, a fim de se averiguar a desvirtuação de sua precípua finalidade endoprocessual e cautelar no processo penal.

Justifica-se a escolha do tema tal porque no decorrer do estudo das prisões cautelares, viu-se que há grande discrepância de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais na definição de garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva.

Dada a falta de um conceito desse termo, ou mesmo um rol taxativo, ou ao menos exemplificativo, em alguma lei, essa generalização é sempre resolvida pelas análises de casos concretos, e que nem em todo caso é unânime na doutrina e no sistema judiciário.

À vista disso, o objetivo deste trabalho será produzir uma monografia de teor investigativo e descritivo. Para tanto, realizará pesquisa de jurisprudência no sítio do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF, com as palavras-chave “prisão preventiva” e “ordem pública”, e recorte temporal compreendendo o período de 1º de janeiro de 2016 a 1º de dezembro de 2020. Tal recorte será importante para analisar se há um posicionamento consolidado em relação à matéria e para investigar se existe um descompasso entre as decisões expedidas nas instâncias ordinárias e a jurisprudência firmada nos tribunais superiores. Deste modo, será possível descrever da forma mais fiel possível a orientação dessas instâncias extraordinárias.

Com o fito de se investigar o problema, será feita, no decurso do trabalho, uma análise jurídica segmentada sobre a prisão preventiva consubstanciada na manutenção da garantia da ordem pública.

No capítulo 1 será abordado o contexto histórico da prisão preventiva, sua inauguração no ordenamento jurídico brasileiro, suas diferentes nuances, e funções ao longo dos períodos históricos do Brasil. Também serão retratados os requisitos e as hipóteses de cabimento, bem como a prisão preventiva sob a égide do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, finalizando com a discussão sobre a natureza cautelar dessa modalidade de prisão.

No capítulo 2, será procedida uma análise sistemática da hipótese de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, pautada nas lições doutrinárias e entendimentos dos tribunais, trazendo uma descrição sobre os casos mais recorrentes e emblemáticos que

formaram a jurisprudência sobre o tema no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Já no capítulo 3, será discorrida a positivação, por intermédio do Pacote Anticrime, de determinadas posições consolidadas no STF e STJ acerca do art. 312, do CPP e seus desdobramentos, e a posteriori, a avaliação do perigo de estado de liberdade do agente, conjuntamente como o princípio da concretude e contemporaneidade do perigo.

A pesquisa então se encerrará tecendo conclusões a respeito das diversas opiniões dos juristas e das decisões exaradas pelos tribunais superiores, expondo com clareza o problema de pesquisa, e os seus reflexos ao direito processual penal.

Cabe delinear que a metodologia preponderante escolhida foi a pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica servirá para o conhecimento de informações acerca das vastas normas, doutrinas, e jurisprudência que permeiam o assunto.

O teor deste trabalho nos convida a refletir sobre o fato de que um instrumento de natureza cautelar, que se presta à finalidade de proteger e garantir a legalidade do processo, quando usado de forma banal ou desviada, poderá, na verdade, incorrer em situações de violação processual e, conseqüentemente, de constrangimentos ilegais aos acusados.

1 A PRISÃO PREVENTIVA

1.1 Breve linha do tempo sobre o instituto da Prisão Preventiva

O Estado, ente soberano, detentor do poder de determinar as regras para uma convivência harmônica em sociedade e salvaguardar a proteção dos bens jurídicos considerados relevantes, percebendo a necessidade de uma legislação pautada na garantia de proteção à investigação criminal e processual, passou a formalizar as normas e, decorrente delas, as medidas cautelares, dentre elas, a prisão preventiva, objetivando em caráter penal, estabelecer previamente as punições para os infratores.

Entretanto, é importante ressaltar que as medidas cautelares impostas pelo Código de Processo Penal vigente surgiram após uma série de normas implementadas ao longo do tempo, a exemplo da prisão utilizada em caráter excepcional no Direito Romano, que era frequentemente substituída por outras medidas, como a garantia fidejussória, admitida para aqueles que assumissem o crime cometido, visto que, àquela época, ser preso cautelarmente era praticamente certeza de punição definitiva (CRUZ, 2020, p. 22).

Ao contrário do que ocorre no Direito Romano, na concepção inquisitorial do século XIX, a prisão passou a ser aplicada com mais frequência, “como efeito natural da acusação, com o propósito de permitir ao inquisidor ter o acusado à sua disposição, momento em que as torturas passaram a ser praticadas para fins de confissão do acusado” (CRUZ, 2020, p. 22).

Apenas durante o Século XIII a prisão passa a ter de fato feição cautelar, “voltando-se à salvaguarda da justiça (para impedir a fuga do acusado), da verdade (para impedir que se percam ou se danifiquem as provas), e da defesa pública (para impedir que certos acusados continuem a atacar o direito alheio)” (CRUZ, 2020, p. 23).

Diante da influência dos acontecimentos já mencionados, alguns assertivos, outros retrógrados, mas, ambos com a finalidade de punir aquele que cometera um crime, e com o advento da primeira Carta Magna, a Constituição do Império, implementada após a independência política do Brasil, em 1824, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro uma norma constitucional na qual se assegurava que ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, apenas nos casos previstos em lei, garantindo ainda ao detento, a possibilidade do pagamento da fiança, quando lhe fosse possível (CRUZ, 2020, p. 45).

Por conseguinte, nota-se que a formação da culpa estabelecida nesta primeira Carta Política abriu precedente para as normas atuais, tendo em vista a similaridade com o princípio da presunção de inocência, e o direito à formação de provas pela defesa. Ademais, já era

permitido ao juiz o livre convencimento sobre a admissibilidade de prosseguimento processual contra o acusado.

Neste sentido, parafraseando Frederico Marques, informa Rogério Schietti Cruz:

Tal “culpa formada”, que representava um filtro para a admissibilidade da acusação, tinha como apoio as provas até então produzidas (perícia, testemunhos e interrogatórios do acusado), uma vez pronunciada a convicção judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão (artigo 146) (FREDERICO MARQUES, 1965, p. 84, apud CRUZ, 2020, p. 46).

É importante ressaltar a cautela do legislador ao criar os requisitos para a aplicação da prisão preventiva para aquela época considerando sua preferência pelo acautelamento do acusado somente após todos os trâmites previstos por lei, bem como após a decisão final do juiz. Jurisdição essa que se contrapõe às normas de hoje, em que a possibilidade de prisão cautelar do acusado preliminar ao julgamento e decisão judicial final, tornaram as normas do processo criminal do Império socialmente relevantes.

Ocorre que, em ato contrário ao progresso do instituto criminal, o Estado Brasileiro acabou retrocedendo quanto às normas já estabelecidas sobre prisão cautelar, haja vista a implementação do chamado “policialismo judiciário” advindo da reforma judiciária de 1841 (Lei n° 261 e 03/12/1841).

Nesta nova modalidade de justiça criminal, a polícia exercia a função de aprisionar, de realizar atos de investigação, de atuar como órgão acusador e de pronunciar os indiciados a respeito dos crimes de menor importância, confundindo-se com o Poder Judiciário, de maneira a ocupar os ofícios dos juízes de paz, passando a julgar crimes no âmbito municipal e aqueles considerados menos graves, com pena de até seis meses (CRUZ, 2020, p. 46).

Nesse viés, criou-se um poder político violento e totalitário, onde a esfera judicial foi colocada em segundo plano e os direitos individuais eram reiteradamente violados, pois eram os Chefes de Polícia que exerciam as atribuições dos Juízes de Paz, de modo que assumiram a competência para processar e julgar contravenções (CRUZ, 2020, p. 46).

Diante desse cenário de abuso de poder e instabilidade jurídica, inaugura-se a reforma judiciária de 1871 (Lei n° 2.033 de 20/09/1871) que, apesar de ainda nomear os chefes de polícia para exercer funções do Poder Judiciário, retirou algumas competências da polícia, como o poder de julgar determinados crimes, limitando-se à arbitragem de estipular fianças. Dessarte, essa reforma trouxe como novidade o inquérito policial, que, mesmo após anos decorridos, é utilizado atualmente pela justiça criminal, quase que nos mesmos moldes de sua criação (CRUZ, 2020, p. 47).

Superada a fase do policialismo judiciário, mas, ainda advindo de uma política totalitária, foi criado o Código de Processo Penal de 1941, onde, dentre várias inovações, foi instituído que a prisão preventiva, por exemplo, seria “definida com maior latitude do que na legislação em vigor” motivada pelo “interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal” (CRUZ, 2020, p. 47). Ou seja, foi entendido que a prisão preventiva, na forma em que era aplicada no Código de Processo Penal anterior ao de 1941, colocava em risco os interesses da justiça devido às suas “muitas” formalidades.

Nessa toada, em mais um ato de retrocesso e autoritarismo, o Código de Processo Penal de 1941 estipulou a prisão preventiva obrigatória para os crimes com pena igual ou superior a 10 anos. Vejamos o comentário de Rogério Schietti sobre o assunto:

Com o advento do Código de 1941, houve um significativo avanço e, para compensar, um injustificável retrocesso [...]. Avanço, porque se passou a exigir - ao menos no texto legal - que a prisão preventiva do indiciado ou acusado fosse precedida de análise quanto a sua necessidade, por critérios que, a despeito de nem sempre precisos, conferiram maior objetividade a tal decisão. Retrocesso, porque se introduziu a regra inexorável da prisão obrigatória para crimes punidos com pena máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão (CRUZ, 2020, p. 51).

Ressalta-se que, além de obrigatória nos casos de crimes com pena igual ou superior a dez anos, a prisão preventiva não dependia de requisitos impostos por lei anteriormente, sendo necessários apenas os indícios de autoria do acusado.

Conforme leciona Weber Martins Batista:

Quem era apontado como autor de crime grave tinha sua prisão cautelar decretada sem que fosse feita a prova da necessidade da providência, que se presumia. E em muitos casos, se não na maioria deles, o outro pressuposto da medida, o *fumus boni iuris*, era atendido apenas em parte, acabando a coerção extrema por basear-se em mero juízo de possibilidade (BATISTA, 1985. p. 50).

No entanto, diante de tantas críticas às violações aos direitos processuais e às irreparáveis injustiças cometidas pela prisão preventiva obrigatória, visando ainda maior assertividade e proporcionalidade nas punições aos acusados, essa modalidade de prisão foi extinta, assemelhando-se ao que temos atualmente no nosso ordenamento jurídico.

O Código de Processo Penal então passou a estabelecer que ninguém poderia ser preso antes da sentença penal condenatória, apenas nas exceções previstas em lei, onde o acusado, em liberdade, apresentasse risco para a sociedade e fosse necessária a aplicação de medidas cautelares, de forma devidamente fundamentada, respeitando o juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, deve-se respeitar o princípio constitucional da presunção de inocência

do acusado, pelo qual se presume sua inocência até que ocorra o trânsito em julgado, e este seja absolvido ou condenado.

Dessa maneira, no entendimento de Lopes Júnior, para que o problema de possível prisão injusta e desproporcional seja resolvido, é preciso distinguir juízo de probabilidade e de possibilidade, uma vez que não se pode falar, no caso de prisão preventiva, de juízo de certeza (LOPES JR., 2005, p. 1976).

Contextualizando os conceitos alhures, ensina Vasconcellos:

Quando as razões favoráveis, assim como as contrárias à hipótese de utilização de uma medida de prisão cautelar são equivalentes, estão diante de uma mera possibilidade. Neste caso, caberá ao Ministério Público provar de forma plena a culpabilidade do acusado, devendo haver um juízo de probabilidade jurídica ou, caso contrário, não haverá fundamento para a prisão cautelar. O juízo de probabilidade diz respeito à situação na qual é verificado o predomínio de razões positivas para que seja decretada a prisão cautelar do acusado. Além disso, não podem existir causas da exclusão da ilicitude (como legítima defesa, por exemplo) (VASCONCELLOS, 2008, p. 112).

Entretanto, embora o Estado tenha buscado medidas que assegurem o bem-estar social, são necessários limites na aplicação das medidas cautelares prisionais, devendo estas serem utilizadas excepcionalmente, e em último caso, tendo em vista a necessidade de se valer da medida cautelar mais extrema somente quando outra medida cautelar não prisional se mostrar insuficiente no caso concreto. Para mais, explica Vasconcellos:

Uma vez que a regra deve ser a liberdade no curso do processo; ter um fim processual, devendo ser usada somente em caso de garantir o andamento normal do processo penal, não podendo significar, de modo algum, antecipação da pena; ser proporcional, tratando de impedir que o tratamento a ser dado ao acusado não seja mais gravoso que o previsto na sua possível condenação; e provisória, já que a medida utilizada antes da condenação só poderá durar enquanto persistirem os motivos que justifiquem a sua decretação (VASCONCELLOS, 2008, p. 113).

Nesse diapasão, a prisão preventiva, por se tratar de medida cautelar, pressupõe a coexistência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. O primeiro é o requisito da prisão preventiva, que exige para sua decretação que haja “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria” (LOPES JR, 2017, p. 94). Enquanto no segundo, “o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida” (LOPES JR, 2017, p. 101).

Isto posto, a prisão preventiva tem se tornado comum em razão do aumento da criminalidade violenta em nosso país, sendo aplicada com justificativa na garantia da ordem pública. Assim, a prisão preventiva, sendo medida que visa manter a integridade do processo

penal e não antecipar uma condenação, tem sido rotineiramente utilizada em razão da alta demanda processual e da subjetividade que o termo “garantia da ordem pública” impõe.

Nesse sentido, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de uma condenação definitiva, ele somente poderá ser preso antes desse momento quando a prisão provisória for absolutamente necessária para a defesa do processo e que tal necessidade seja demonstrada fundamentadamente no caso fático, conforme veremos no tópico a seguir.

1.2 Requisitos e cabimentos que autorizam a prisão preventiva

É possível que o indivíduo tenha sua liberdade restringida após uma sentença penal condenatória transitada em julgado, tratando-se, portanto, de uma segurança jurídica ao acusado de somente ser posto em custódia após o devido processo legal. Por outro lado, também é possível restringir a liberdade do acusado antes da decisão definitiva, por medida cautelar imposta pelo juiz, a requerimento das partes ou, no curso da investigação criminal, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público.

Observa-se, contudo, que não há controvérsias quanto ao conceito de restrição da liberdade do acusado, isto é, do termo prisão. No entanto, tal conceito não diferencia as suas espécies, pois todas expressam algo em comum, isto é, a constrição da liberdade. A diferença de cada espécie está no objetivo com que cada uma é imposta.

A prisão-pena, decorrente de uma decisão judicial transitada em julgado, por exemplo, tem como objetivo a condenação. Já a prisão sem pena ou processual possui uma finalidade cautelar, isto é, a restrição da liberdade para conservar a investigação ou a instrução do processo criminal.

Sobre a prisão processual, relevante anunciar a concepção de Eugênio Pacelli:

Não à toa, portanto, seu manejo se faz cercado de condicionamentos que lhe são específicos, os quais fazem dela (prisão preventiva) o último recurso (*ultima ratio*) a ser utilizado quando se tem por fim tutelar a ordem pública ou a ordem econômica, acautelar a investigação ou o processo em curso, bem como assegurar sua efetividade, garantindo a aplicação da lei penal que se faça aplicável ao seu termo, a partir de decisão condenatória irrecorrível (art. 312, *caput*, CPP) (PACELLI, 2013, p. 85).

À vista disso, há duas considerações que devem ser feitas para explicar a prisão do culpado e a prisão do inocente. A primeira delas, prisão-pena ou penal, possui uma finalidade repressiva já que se trata de uma prisão definitiva imposta ao culpado após o trânsito em julgado; já a prisão processual ou cautelar é aquela que poderá ocorrer em situação de inocência porque é decretada antes do trânsito em julgado e, portanto, trata-se de uma prisão excepcional,

que deve ser concretamente fundamentada. Dessa forma, o motivo da prisão processual deve estar estritamente vinculado à proteção da investigação ou do processo criminal, não podendo ser embasada na culpa do acusado.

Dentre as medidas cautelares existentes, a que interessa ao presente trabalho é a prisão preventiva e, nesse caso, é importante advertir que tal medida possui uma alta relevância e urgência, e serve para assegurar a investigação ou a instrução do processo criminal. Ademais, deve ser aplicada em determinados casos, de acordo com o que aduz o artigo 313 do Código de Processo Penal:

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

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado). (Redação dada pela Lei n° 12.403, de 2011).

§ 1° Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2° Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (Redação dada pela Lei n° 13.964, de 2019).

Ressalta-se ainda que a prisão preventiva só poderá ser aplicada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, conforme expõe o §6° do artigo 282 do Código de Processo Penal:

§ 6° A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (Redação dada pela Lei n° 13.964, de 2019).

Logo, é imperioso afirmar que a prisão preventiva deverá ser imposta apenas quando outras medidas menos rigorosas se demonstrarem insuficientes para acautelar o processo, considerando que as prisões cautelares são medidas excepcionais, que atingem a liberdade de locomoção do ser humano, em princípio, inocente, de modo que sua decretação carece de uma

fundamentação concreta e consistente, e não pode ser sustentada com base em argumentos abstratos.

Para tanto, expõe Nucci “qualquer medida cautelar (prisão ou alternativa) deve ser fixada de acordo com o caso concreto, levando em consideração a pessoa do indiciado ou réu, sem nenhum padrão estabelecido de antemão” (NUCCI, 2020, p. 373).

À vista disso, cumpre esclarecer que, para validação da prisão preventiva, há que se observar os critérios definidos em lei. Como fora visto no tópico anterior, primeiramente verifica-se a presença do “*fumus comissi delicti*” que se traduz na percepção de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime, conhecido também como justa causa para a ação penal, bem como o “*periculum in libertatis*”, que se traduz na expressão “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, perpetuando uma vida criminosa ou atingindo a persecução criminal de forma a coagir testemunhas, fraudar a produção de prova e até a fuga, impossibilitando a aplicação da lei penal” (OLIVEIRA, 2014, p. 15).

Nesse contexto, explica Odone Sanguiné:

No entanto, qualquer destes requisitos deve ser demonstrado por fatos precisos, em cada caso concreto, v.g., o perigo de conluio para alterar as provas, não sendo suficiente a gravidade da infração; o perigo de fuga dependerá do caráter do interessado, ausência de domicílio fixo, sua profissão, seus recursos, seus laços familiares, etc., que evidenciem a vontade do imputado de se subtrair à ação da justiça. A fuga não deve ser unicamente “objetivamente” possível, mas provável; o perigo de repetição da infração deve ser concreto e não apenas hipotético e não pode ser um produto da imaginação (SANGUINÉ, 2014, p. 123).

Além desses requisitos, faz-se necessária a instauração da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, observando-se também os requisitos de admissibilidade dispostos no artigo 313, do Código de Processo Penal, quais sejam: quando praticado crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se o indiciado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; 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; e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou no caso de ela não fornecer elementos suficientes para sua devida identificação (BRASIL, 1941).

Ademais, presentes um desses requisitos, torna-se possível sustentar a prisão preventiva de um indivíduo, considerando uma das quatro circunstâncias descritas acima, são elas: por

conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica.

A conveniência da instrução criminal, por exemplo, diz respeito à autorização legal de restrição da liberdade do indiciado na hipótese de estar obstruindo o regular andamento do processo, afetando, sobretudo, as provas que sustentam a denúncia. Consoante prescreve Rogério Schietti Cruz:

Tal circunstância autorizadora da prisão preventiva possui nítido caráter instrumental, sendo, pois, impregnada de cautelaridade, porquanto objetiva proteger os meios de processo penal, ou seja, as provas que devem ser produzidas sem peias, perturbações, ameaças, desvio de finalidade, contrafação ou qualquer outro ato tendente a interferir na verdade dos fatos sob apuração (CRUZ, 2020, p. 255).

Em sequência, a próxima circunstância que autoriza a segregação do acusado é assegurar a aplicação da lei penal, que é um fundamento utilizado quando há um risco de fuga. Tal hipótese também se reveste de caráter instrumental “porque visa proteger os fins do processo penal, a saber, a definitiva prestação jurisdicional veiculada em uma sentença penal de que resulta a condenação do acusado, com a imposição de sanção criminal” (CRUZ, 2020, p. 255).

De forma diferente acontece quando a prisão preventiva é decretada pautada na garantia da ordem pública e da ordem econômica. Esses argumentos assumem função preventiva como meio de defesa social e não como meio cautelar. Nesse ínterim, denota Lopes Júnior:

As medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo. Se essa característica básica – a instrumentalidade “qualificada” ou ao “quadrado” (servir ao processo) – desaparece, a prisão não é cautelar nem constitucional. Assim, a prisão preventiva para garantia da ordem pública nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos: “trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública” (LOPES JR, 2011, p. 83).

Assim, importa destinar os questionamentos à prisão preventiva para assegurar a ordem pública, critério revestido de críticas significativas, dado que não denota o caráter instrumental das medidas cautelares, haja vista que o seu conceito semântico é impreciso, genérico e abstrato. Sendo assim, revela-se importante destacar o conteúdo e abrangência da expressão ordem pública para tentar definir qual sua correta aplicação, analisando a função da prisão preventiva à luz dos princípios constitucionais.

1.3 Análise da prisão preventiva à luz do princípio da presunção de não culpabilidade

Sabe-se que a garantia da ordem pública deve ser interpretada à luz do processo ou do seu objeto e, o princípio da não culpabilidade importa que se atribua ao acusado o direito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão.

Neste ínterim, o princípio da presunção de inocência se caracteriza como um dos principais fundamentos constitucionais que interessam para o direito processual penal, pois tem a finalidade de preservar o momento probatório, agregando presunção de inocência ao acusado até que se prove o contrário. Sendo assim, seu objetivo principal é afastar juízos de probabilidade, em busca da formação de um juízo de certeza no julgamento.

Nas palavras de Rogerio Schietti Cruz:

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. Além disso, não se impõe ao acusado a prova da sua inocência, pois é o órgão acusador que se atribui o ônus de demonstrar, com meios legítimos e lícitos de prova, a culpa daquele a quem imputa a prática da infração penal (CRUZ, 2020, p. 78).

Logo, constata-se que a imposição da prisão preventiva como garantia da ordem pública busca manter incólume o convívio social, o qual seria ameaçado, caso o acusado respondesse ao processo em liberdade. Dessa forma, a prisão preventiva é utilizada frequentemente pelo poder público em contrariedade aos pressupostos essenciais de uma medida cautelar. “Isso porque, a prisão perde a sua função puramente processual (cautelar) para se transformar numa medida de defesa social contra os acusados socialmente perigosos” (FERRAJOLI, 1995, p. 740, tradução livre).

Nesse viés, busca-se confrontar o significado da expressão ordem pública à luz dos direitos e garantias fundamentais do acusado, considerando que, antes de prender preventivamente o acusado, faz-se necessário enquadrar o argumento garantia da ordem com o princípio constitucional da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência, balizador do Processo Penal, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal:

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

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...] (BRASIL, 1988).

Diante disso, torna-se inaceitável que o acusado, em processo penal, seja visto como condenado, pois, não importa o crime praticado, será sempre inocente antes da sentença que o condene. Nesse sentido, mesmo quem é preso em flagrante delito (indício veemente de autoria) é inocente, posto que a prisão em flagrante temporária ocorre antes do trânsito em julgado da sentença. Igualmente ocorre quando há confissão, ou em qualquer outro caso em que se verifique que a condenação não é definitiva.

A consequência desse princípio influencia no instituto da prisão, uma vez que, quando o acusado ainda é inocente, via de regra, ele não poderá ser preso, já que a prisão é uma medida adotada contra pessoas culpadas. A exceção é a prisão processual, cautelar ou provisória.

Portanto, apenas excepcionalmente poderá ocorrer a prisão de um inocente, desde que com uma fundamentação jurídica e fática apta a proteger o processo e a investigação criminal, em um melhor termo, para a conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal.

Na mesma ideia, interpreta Eugênio Pacelli:

As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal) (PACELLI, 2017, p. 263).

Destarte, a fundamentação da prisão preventiva não pode ser sustentada com base na culpa do acusado, mas nos motivos que possam atrapalhar o regular andamento processual, como a fuga do réu e a alteração das provas. Nesse seguimento, Ferrajoli ensina:

[...] as normas penais fundadas na figura do “suspeito” ou da “periculosidade social” dos “crimes de suspeita”, cuja característica específica reside, verdadeiramente, na transferência processual do ônus da prova da acusação ao imputado, até todas as medidas de defesa social de várias formas associadas, mais do que à prova de um crime, a elementos sintomáticos da personalidade, como a qualificação de “sujeito perigoso” ou “reincidente” ou “com tendência a delinquir ou similares. Sobretudo, pois, a presunção de inocência é geralmente contraditada por todas as medidas cautelares judiciais ou policiaescaas adotadas antes da condenação. Sobretudo entre elas a prisão preventiva, a qual [...] verdadeiramente perdeu a sua função puramente processual para transmutar-se em uma medida de defesa social contra os imputados tidos supostamente como perigosos para a sociedade (FERRAJOLI, 2014, p. 681-683).

Nesse sentido, a prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública é suscetível a incorrer diversos danos aos acusados. Isso porque o termo “ordem pública” confere margem a

entendimentos diversos, permitindo aos juízes que o utilizem unicamente fazendo-se menção a ele, quando é imprescindível que, além de mencioná-lo, se comprove a necessidade da prisão.

À vista disso, cada vez que se decreta a prisão preventiva com o caráter descrito acima, perde-se seu fim instrumental e cautelar, incidindo sobre o infrator uma presunção de culpa apoiada em uma fundamentação contrária à Constituição Federal e aos direitos e garantias constitucionais nela previstos.

No entendimento de Rogerio Schietti Cruz presunção de inocência impõe:

A presunção de inocência impõe, desse modo, integralmente ao órgão acusador o ônus de comprovar as afirmações de responsabilidade penal feitas ao acusado, sob pena de, restando qualquer dúvida sobre o objeto da prova, resolver-se a favor da defesa (*in dubio pro reo*). É dizer, o acusador afirma a existência de um fato criminoso, atribui sua autoria ao acusado, mas deverá comprovar, sob as regras do devido processo legal (*due process of law*) que integram a ideia do julgamento justo (*fair trial*), que essas afirmações encontram respaldo em provas consistentes, submetidas ao crivo do contraditório, de modo a não restar dúvida “além do razoável” (*beyond a reasonable doubt*) sobre os fatos atribuídos ao imputado (CRUZ, 2020, p. 78).

Nota-se, portanto, que tais prisões vêm sendo usadas com finalidade de antecipação de pena, em desrespeito ao princípio constitucional de presunção de inocência, preocupando-se apenas em acautelar o indivíduo para “prevenção” de crimes futuros que sequer sabe-se sobre a certeza de reincidência. É, portanto, presunção de culpa (ato inconstitucional) e não apenas ação em razão da proteção do processo.

Em suma, a expressão ordem pública viabiliza uma possível prisão ilegal e incompatível aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, podendo, inclusive, apresentar distorção da função do juiz criminal no processo penal, com a sobreposição da proteção à segurança pública em detrimento dos direitos constitucionais do acusado.

Faz-se oportuno ler Aury Lopes Júnior, sobre a questão:

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública 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 partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública (LOPES JR, 2011, p. 839).

Por todo exposto, a consequência da presunção de não culpabilidade é a impossibilidade de antecipação da pena. Assim, esse princípio, de *per si*, é uma norma que assegura a todo e

qualquer processado a garantia de que só será submetido a pena após o trânsito em julgado da sentença.

Não obstante à impossibilidade de a pena ser antecipada, é possível aplicar, de forma cautelar, sanção a quem ainda não tem culpa formada. No entanto, tal sanção cautelar só se legitima quando for concreta e legitimamente apontada no caso. Em suma, a prisão preventiva somente se concretiza quando for indispensável para salvaguardar a utilidade de um futuro provimento de mérito em desfavor do réu, pois se trata de uma medida decretada pelo órgão judiciário de maneira antecipada porque é condição da própria utilidade da demanda.

Portanto, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública somente exprime conformidade com a presunção de não culpabilidade acaso possua natureza cautelar. De igual maneira, o magistrado, ao aplicar a norma do artigo 312 do Código de Processo Penal, deve apontar a cautelaridade da medida, devendo explicitar a imprescindibilidade da incidência, de forma que sua não aplicação prejudicará a utilidade de eventual sentença penal condenatória.

1.4 Função cautelar da prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro

Para fins didáticos, cumpre esclarecer que o gênero é tutela provisória e suas espécies são a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência e, são, portanto, espécies da tutela provisória de urgência, a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Sabe-se que prisão preventiva é tutela de urgência de natureza cautelar, não podendo confundir o seu caráter ao de tutela antecipada.

A tutela cautelar e a tutela antecipada foram criadas para prevenir ou diminuir os males causados pela morosidade processual, entendido como o risco de prejuízo decorrente da demora na execução do processo. A tutela cautelar tem por objetivo garantir a utilidade e eficácia do futuro provimento jurisdicional, não podendo servir como meio de se antecipar posterior e eventual condenação.

Nesse sentido, explica Badaró:

A tutela cautelar tem por finalidade assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional futuro. Ante o perigo da demora, até que seja concedida a tutela jurisdicional apta a satisfazer definitivamente a pretensão do autor, é necessário assegurar que tal provimento, a ser proferido em tempo futuro, não se torne inócuo devido à morosidade do processo. Trata-se, pois, de uma tutela assecuratória ou conservativa (BADARÓ, 2008, p. 385).

Por essa lógica, a função cautelar da prisão preventiva não tem a finalidade de punir o indivíduo, mas garantir que eventual decisão judicial não seja inútil, caso o indivíduo já não

seja mais encontrado ou tenha destruído provas. Nesses termos, a prisão preventiva cautelar terá sua decretação em conformidade com o princípio da presunção de não culpabilidade.

No que diz respeito à tutela antecipada, esta tem finalidade de antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da decisão que, possui alta probabilidade de certeza e há de ser proferida futuramente. Portanto, antecipam-se os resultados da decisão, não para assegurar a sua utilidade e eficácia, mas para satisfazer, desde logo, os interesses do autor.

Ocorre que a tutela antecipada, a qual já atende aos pedidos finais do autor, ainda que de forma provisória, não possui natureza cautelar, somente sendo admitida quando imprescindível à eficácia e utilidade da decisão definitiva.

Para mais, convém compreender suas similaridades, isto é, os pressupostos que legitimam a tutela de urgência cautelar e antecipada. São eles: (a) “*fumus boni iuris*” que representa a fumaça do bom direito, ou seja, é a presença de indícios que dão a entender que existe de fato o direito pleiteado. É também chamada de “plausibilidade do direito”, ou mesmo “probabilidade”, ou “verossimilhança”. (b) “*periculum in mora*” que denota o perigo iminente, ou seja, é a presença de um perigo caso o direito não seja concedido. “Trata-se do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, conforme dispõe o *caput* do art. 300, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, Ovídio da Silva Baptista explica:

Na tutela cautelar, o juízo seria de simples verossimilhança, de mera plausibilidade que, por sua vez, deve representar não apenas um pressuposto, mas, igualmente, um limite desta modalidade especial de atividade jurisdicional. Desse modo, se o direito apresenta-se, na cautelar, como uma indiscutível evidência, a resposta jurisdicional não caracterizará mais a tutela de simples segurança, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa (BAPTISTA, 2001, p.77).

Em suma, há de se reconhecer a distinção entre ambas, dado que, uma se destina a proteger o processo e a investigação, garantindo que os efeitos de futura decisão judicial possam ser concretizados de fato, tratando-se da tutela cautelar. Já a outra garante a fruição integral ou parcial do pedido do autor, isto é, tem-se a certeza, ainda que provisória, de que a futura tutela definitiva não terá outro resultado, tratando-se da tutela antecipada.

Isto posto, é cediço que a prisão preventiva é tutela provisória cautelar, nunca antecipada, pois caso fosse, seria incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência. Uma vez que é previsto no §2º do artigo 313, do Código de Processo Penal:

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de

investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Por esse seguimento, ao analisar a prisão preventiva à luz do princípio da presunção de não culpabilidade, tratando-se da prisão de um pressuposto inocente, conclui-se que a prisão preventiva tem natureza conservativa e, desta forma, indubitavelmente cautelar.

Nesse ínterim, para minuciar o papel da prisão preventiva, quando colocada em um sistema processual acusatório, convém analisar os argumentos sob os quais pode ser imposta, previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, sendo eles, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal justifica a natureza cautelar da medida, haja vista que objetivam salvaguardar a utilidade de um futuro provimento de mérito. São argumentos que validam a medida decretada pelo órgão judiciário, de maneira antecipada, porque é condição para própria utilidade da demanda. Importante advertir que medida cautelar é aquela cuja utilidade se mostra no caso concreto e é exigível e indispensável à segurança do provimento judicial.

Logo, afirma Aury (2015, p. 636) que a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal é decretada quando “o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque está ameaçando, constringendo ou subordinando testemunhas, vítimas ou peritos.”

Nas palavras de Rogério Schietti Cruz:

Assim é que eventual ameaça, chantagem ou promessa de vantagem a testemunhas ou ao ofendido, interferências no trabalho dos peritos, produção de prova documental falsificada e atos similares podem ensejar a decretação da prisão preventiva do investigado ou do acusado, desde que, não é ocioso reiterar, se mostre inadequada ou insuficiente a escolha de medida(s) diversa(s) da prisão (CRUZ, 2020, p. 255).

Fato diverso ocorre na prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública e da ordem econômica, revestindo-se de ato com o claro fim de defesa do meio social. Contudo, a prisão preventiva, como mencionada acima, não é antecipação penal. É a prisão-pena, imposta após o trânsito em julgado, que possui, por sua essência, a busca da defesa da sociedade e do direito. Quanto a isso, há de se indagar se a preventiva como garantia da ordem pública é medida cautelar ou de defesa social. Retrata o entendimento de Lopes Júnior:

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública 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 partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública (LOPES JR, 2013, p.839).

Por conseguinte, a prisão preventiva respaldada na garantia da ordem pública presume uma restrição da liberdade com o fim de proteção social, distanciando-se de sua função instrumental e cautelar, inapta, assim, para assegurar o bom andamento da investigação e do processo criminal. Portanto, a prisão é utilizada como um cumprimento antecipado de pena.

Nessa esteira de pensamento, concorda Odone Sanguiné:

Entre as finalidades que cumprem a prisão preventiva se encontra também a prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão cautelar ao atribuir-lhe função de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir. Assim, se põe em perigo o esquema constitucional do Estado de Direito, dando lugar a uma quebra indefensável do que deve ser um processo penal em um Estado Social e Democrático de Direito, pois vulnera o princípio constitucional da presunção de inocência e da liberdade de todo cidadão e a própria essência do instituto da prisão preventiva (SANGUINÉ, 2003, p. 116).

Posto isto, é importante ressaltar que o papel da prisão preventiva, quando colocada em um sistema processual acusatório, é o de garantir a eficácia do processo, não podendo ser utilizada como meio de punição antecipada. Essa função atribuída à medida cautelar ficou mais evidente com o advento da Lei nº 13.926/2019, conhecida como o “Pacote Anticrime”, no qual se limitou o papel dos Juízes de direito quanto à aplicação deliberada da medida.

Em comparação à redação anterior, houve uma mudança simples, mas importante. A lei retromencionada retirou a palavra "de ofício" do artigo 311 da Lei de Processo Penal, mantendo-se o seguinte texto: “Em qualquer etapa do inquérito policial ou do procedimento criminal, o juiz decidirá sobre a prisão preventiva a pedido do Ministério Público, demandante ou assistente, ou por representante do órgão policial” (BRASIL, 2019).

Acerca disso, Aury Lopes Júnior aponta que foi um passo de grande relevância para o Processo Penal, já que o juiz não poderá se comportar como se fosse parte do processo. Passa-se, com essa alteração, a respeitar o sistema acusatório, em razão da total imparcialidade do juiz (LOPES JR, 2019, p. 72).

Não obstante, “as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva” (LOPES JR, 2014, p. 575). Nesse caso, deve-se afastar o interesse de acautelar o agente sob a justificativa de probabilidade de

reiteração ao crime em respeito à finalidade endoprocessual e jamais sob a alegação da prisão processual ser um instrumento de controle social.

Em resumo, nota-se que a aplicação da prisão preventiva sob o fundamento de manutenção da ordem pública está em discordância com a Constituição Federal, em especial com o princípio da presunção de não culpabilidade. Outrossim, afasta-se do sistema processual acusatório, reconhecido pela Constituição, e passa a se assemelhar a um sistema processual inquisitório, considerando a punição antecipada do acusado.

No próximo capítulo, será abordado como a doutrina e os tribunais superiores têm tratado essa dissonância entre a prisão preventiva sob o fundamento de se manter a ordem pública e a sua função cautelar de defesa do processo.

2 PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA

2.1 Prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública

Como já explicado, a prisão preventiva pautada na manutenção da ordem pública é mais uma hipótese de medida cautelar imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser utilizada em último caso no processo penal, isto é, apenas quando outras medidas menos rigorosas se demonstrarem insuficientes (vide artigo 282, §6º, do CPP). No entanto, tal medida tem sido amplamente discutida pela doutrina e jurisprudência, no que concerne ao conceito e aplicação de maneira justa, gerando assim, grande insegurança jurídica.

Relativo à conceitualização da expressão “ordem pública”, não há significado definitivo para tanto, nem mesmo a legislação instituiu o conceito da expressão, deixando a interpretação ao entendimento dos juízes. Sobre isso, conforme o entendimento de Choukr (2014, p. 638): “nem mesmo o Supremo Tribunal Federal mostrou-se capaz de fornecer linhas de atuação, deixando ao sabor do julgador (vez que inexistem parâmetros) no caso concreto entender o que é ou não ordem pública”.

Ocorre que os tribunais e doutrinadores têm posições divergentes quanto à definição e aplicação da medida cautelar motivada na garantia da ordem pública. Basta observar as justificativas atribuídas às decisões, a saber: reiteração criminosa, periculosidade do agente, gravidade abstrata do crime, clamor público, conservação de credibilidade na justiça, entre outras.

A gravidade abstrata do crime, por exemplo, não pode ser base para a prisão do indivíduo, visto que, o legislador não definiu um nível de gravidade para cada crime de modo a justificar que uns são mais graves que outros e, portanto, fundamentam a prisão preventiva motivada na ordem pública. Portanto, não cabe ao juiz basear-se na gravidade da norma penal infringida pelo acusado para prendê-lo preventivamente, pois, caso o fizesse, estaria antecipando o julgamento.

Além do mais, *in casu*, se a gravidade do crime pudesse ser base para a prisão preventiva, esta deveria ser concreta e devidamente comprovada e fundamentada na gravidade dos fatos, ou seja, o modo de agir do agente e as consequências de sua conduta imprescindem de relevância suficiente para instaurar desordem social, pois a mera citação da gravidade do crime previsto na lei penal e praticado pelo agente é razão abstrata e não sustenta a imposição da medida cautelar para manutenção da ordem pública.

Reforçando a asserção acima, foi realizada pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal¹, objetivando a comprovação das informações já descritas até agora. Durante a pesquisa, nas abas “jurisprudência” e “pesquisa”, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “prisão preventiva”, “gravidade concreta” e “garantia da ordem pública”, utilizando o conector “e”, entre os termos, para retornar todos os resultados que contenham simultaneamente todas as palavras-chave.

Logo após, foi decidido que as buscas pelas decisões, por recorte temporal, seriam realizadas entre o período de 1º de janeiro de 2016 até 1º de dezembro de 2020. Tal recorte foi escolhido para realizar um trabalho jurídico aprofundado e, deste modo, descrever da forma mais fiel possível a orientação dos tribunais superiores, além de permitir analisar se há divergência de posicionamentos, quanto à prisão preventiva quanto à prisão preventiva justificada na gravidade em concreto da conduta do agente. Em ato seguinte, a pesquisa foi delimitada por “acórdãos”, não distinguindo, neste momento, Turmas e Ministros.

TABELA 1 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências

PALAVRAS-CHAVE	QTD DE OCORRÊNCIAS
“prisão preventiva” e “gravidade concreta” e “garantia da ordem pública”	278

A lista foi organizada em ordem decrescente, da decisão mais recente para a mais antiga. Realizando ainda uma leitura flutuante da lista de decisões, examinando todas as ementas e os campos de observações das decisões que continham as palavras-chave, foi constatado que o Habeas Corpus número 137027/SP, publicado em 08 de maio de 2017, foi citado 17 vezes nas decisões apresentadas, sendo o segundo Habeas Corpus mais recorrente, somente atrás do Agravo Regimental no Habeas Corpus número 137131/RS, que foi citado 19 vezes. Porém, este último trata sobre a periculosidade do agente e a probabilidade de reiteração delitiva, que no momento não remete às palavras-chave da pesquisa.

Então, deliberou-se por escolher o segundo Habeas Corpus, pelo número de citações nos acórdãos do recorte. O resultado desta pesquisa está vinculado ao sítio do Supremo Tribunal Federal (RHC 137027/SP)

Vejamos o trecho da decisão, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que relata sobre a gravidade concreta do delito como fundamento para a prisão preventiva:

¹ Sítio eletrônico do STF – <http://portal.stf.jus.br/>.

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

I – A prisão cautelar foi decretada para garantia da ordem pública, ante a gravidade dos fatos narrados nos autos e o modus operandi mediante o qual foi praticado o delito.

II – Essa orientação está em consonância com o que vêm decidindo ambas as Turmas desta Corte, no sentido de que a periculosidade do agente demonstra a necessidade de se acautelar o meio social, para que seja resguardada a ordem pública, e constituem fundamento idôneo para a prisão preventiva.

III – A primariedade, a residência fixa e os bons antecedentes não obstam a decretação da custódia cautelar quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

IV – Habeas corpus denegado. (HC 137027, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 05-05-2017, PUBLIC 08-05-2017)

Da decisão apresentada, pode-se extrair que o exame de gravidade do crime se traduz na averiguação da gravidade dos fatos, no “modo de agir” do agente, ou seja, sempre em elementos concretos, que demonstrem o iminente e efetivo perigo à ordem pública advindo da prática do crime.

Nota-se ainda que o posicionamento apresentado é pacificado no âmbito do próprio STF. Consta-se que utilizando a pesquisa de jurisprudência no sítio do STF, inserindo a palavra-chave “HC nº 137027”, com o recorte temporal de 1º de janeiro de 2016 a 1º de dezembro de 2020, vê-se que o referido acórdão do relator Ministro Lewandowski, da Segunda Turma, foi citado 26 vezes como fundamento nas decisões prolatadas da Primeira Turma, sendo o Ministro Alexandre de Moraes o relator que mais citou, 17 vezes.

Verificou-se que o mesmo se vale para o STJ, que, usando-se do mesmo mecanismo e lógica de pesquisa na busca de jurisprudência da corte cidadã, o Habeas Corpus número 137.027/SP, foi citado para fundamentação em 9 ocasiões na Quinta Turma, sendo a mais recente no AgRg no HC nº 514071, de 09 de dezembro de 2020, do relator Ministro João Otávio Noronha.

Desses acórdãos, 2 (HC 442.163/SP e RHC 111.055/MG) foram usados como precedentes em 3 decisões da Sexta Turma (RHC 1071.64/SP, HC 406.651/MT e HC 528.139/RJ), podendo se afirmar que não há divergência entre as turmas.

Outra hipótese utilizada para a aplicação da prisão preventiva está fundamentada na preservação da credibilidade na justiça. A prática reiterada de condutas criminosas ou a ocorrência de um crime de grande repercussão, onde o agente aguarda julgamento em liberdade, pode gerar aos olhos da sociedade sensação de impunidade e injustiça, colocando em risco a

confiança no sistema judiciário. No entanto, o sentimento social de justiça não respalda o argumento para a decretação da medida.

Nessa acepção, a decretação de prisão preventiva na hipótese de preservação da ordem pública pelo motivo de possível reiteração delitiva também não se fundamenta, visto que, não há como o juiz analisar a possibilidade do acusado voltar a delinquir quando posto em liberdade. Tais riscos de reiteração criminosa só poderiam ser constatados por um juiz vidente, posto que necessitaria de uma investigação sustentada em previsões futuras. Além disso, essa presunção indica violação ao direito constitucional de presunção de inocência do acusado.

Por consequência, esses não são fundamentos admissíveis para a aplicação da medida cautelar assentada na ordem pública. Em verdade, trata-se de expressões falhas e sem fins processuais.

Ante tal situação, propõe-se aqui a exposição das opiniões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, considerando que a maioria das correntes doutrinárias entendem que a expressão “ordem pública” é vaga e sem definição, e por isso, geradora de insegurança jurídica.

A priori, cumpre mencionar o entendimento de alguns doutrinadores acerca da prisão preventiva arqueada na manutenção da ordem pública. Para Capez (2018), “é uma medida que não deve ser vulgarizada e utilizada rotineiramente, devendo ser exceção, tendo em mente se tratar de punição antecipada ao acusado”. Assim explica:

A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal seja indispensável. “Deve, pois ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301). Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP (CAPEZ, 2018, p. 423).

Assim dizendo, para o autor, o emprego excessivo da prisão preventiva como medida cautelar, quando utilizada constantemente sem as devidas observações do caso concreto e da real interpretação que ela traz, seja ela, a exceção, coloca em risco a segurança jurídica e enseja uma punição antecipada daquele que ainda não foi condenado, além de causar desordem processual.

É importante frisar que essa punição antecipada é inconstitucional pois viola diretamente a garantia da presunção de inocência ou não culpabilidade. Então, a aplicação da medida nesses termos, além de estar em desacordo com o que instrui o Código de Processo Penal, infringe diretamente um princípio constitucional.

Acerca do assunto, no entendimento do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a garantia de ordem pública é uma questão de análise mais cuidadosa por parte dos julgadores, haja vista ter interpretação flexível quanto a sua necessidade. “Entende-se, pela expressão, a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito” (NUCCI, 2020, p. 620).

Como prova de que a expressão “ordem pública” é vaga, tem-se acima o comentário do professor Nucci que reconhece que a manutenção da ordem na sociedade é medida de suma importância, mas ainda assim não foi conclusivo quanto à definição do conceito, bem como as suas possibilidades de aplicação.

Ainda sobre o tema, Aury Lopes Júnior (2017, p. 122) aduz que “está-se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”. Leia-se:

É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para, além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida (LOPES JR, 2017, p. 121).

Dado o exposto, o autor compreende que a medida cautelar preventiva amparada na afirmação da ordem pública está em confronto com o conceito e objetivo das medidas cautelares e conseqüentemente atribui outro propósito à pena, desrespeitando a natureza da medida e invertendo os valores estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Para mais, Rogério Schiatti Cruz diverge desse entendimento ao explicar que:

Consideramos que tanto o Direito Penal quanto o Processual podem, sim, legislar tendo como perspectiva a provável ocorrência de fatos no futuro, a partir de dados do passado. No terreno do Processo Penal cautelar essa possibilidade é quase a própria justificativa da sua existência. Deveras, há o objetivo maior em todo provimento cautelar que não o de prevenir danos futuros? (CRUZ, 2020, p. 267).

No seu entendimento, a provável reiteração delitiva do acusado, considerando a forma em que se executou o crime (principalmente quando se tratar de crimes violentos) e o seu comportamento antes e depois da conduta delituosa, são argumentos idôneos para embasar a prisão preventiva com base na ordem pública. Ou seja, a liberdade do acusado importará arriscar que ele cometerá crimes novamente.

Já os tribunais têm aplicado prisões preventivas sob argumentos baseados na reiteração delitiva, na periculosidade do agente, na gravidade abstrata do delito, no clamor social, entre

outros. Vejamos as pesquisas de casos concretos onde o acusado foi preso preventivamente sob a justificativa de manutenção da ordem pública validada nos argumentos mencionados acima.

Quanto à pesquisa sobre a aplicação da prisão preventiva legitimada na abonação da ordem pública sob o fundamento da gravidade do delito, o questionamento que norteou o seu desenvolvimento foi: quais os fundamentos jurídicos utilizados pelos tribunais para justificar a gravidade do delito e a consequente aplicação da prisão preventiva pautada na manutenção da ordem pública?

Com o objetivo de responder esse questionamento, foi decidido que as buscas pelas decisões seriam realizadas entre o período de 1º de janeiro de 2016 até 1º de dezembro de 2020, tal recorte foi escolhido para esclarecer o quanto é frequente a ocorrência da prisão preventiva traçada na garantia da ordem pública e fundamentada na gravidade do delito. Acrescido a isso, a pesquisa foi delimitada, por critério de recorte institucional, por tribunal, onde se optou pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, considerando o maior alcance nacional dos casos e a acessibilidade dos dados.

A fim de chegar ao caso escolhido como exemplo neste tópico, foi realizada pesquisa no sítio do Superior Tribunal de Justiça², objetivando a comprovação das informações já descritas até agora. Durante a pesquisa, nas abas “jurisprudência” e “pesquisa”, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “prisão preventiva”, “gravidade abstrata” e “gravidade do delito”, utilizando-se o conector “e” entre os termos, para retornar todos os resultados que contenham simultaneamente todas as palavras-chave. Para todas elas foram encontradas as ocorrências elencadas na tabela abaixo:

TABELA 2 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências

PALAVRAS-CHAVE	QTD DE OCORRÊNCIAS
“prisão preventiva” e “gravidade abstrata” e “gravidade do delito”	119

A lista foi organizada em ordem decrescente, da decisão mais recente para a mais antiga. Em seguida foi efetuada uma leitura flutuante da lista de decisões, examinando todas as ementas e os campos de julgados citados nos acórdãos que continham as palavras-chave definidas.

² Sítio eletrônico consultado para o levantamento dos acórdãos estudados: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

Foi então constatado que o HC número 288.589/SP³, da Sexta Turma, publicado em 08 de abril de 2014, foi citado 59 vezes nas decisões apresentadas, sendo o segundo HC mais recorrente, somente atrás do HC n° 316.708/SP⁴, que foi citado 68 vezes. Todavia, este último

³ HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E CONJECTURAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N° 8.072/1990. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N° 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. INEVIDENTE ILEGALIDADE.

1. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas e não deve ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário cabível.

2. Apesar de tal orientação, nada impede que o Superior Tribunal de Justiça expeça ordem de ofício como forma de afastar eventual constrangimento ilegal, desde que manifestamente caracterizado.

3. A prisão que antecede a condenação transitada em julgado só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

4. Nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosa social do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu. Também não cabe ao Tribunal, em via de impugnação exclusiva da defesa, agregar fundamentação ao *decisum* que pecou por sua carência.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do art. 2º, § 1º, da Lei n° 8.072/1990, com a redação conferida pela Lei n° 11.464/2007, em se tratando de crime hediondo e de assemelhado, o regime prisional há de ser fixado de acordo com o previsto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

6. É possível a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n° 11.343/2006 na fração mínima, tendo em conta a natureza e a quantidade da droga. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem deferida de ofício, para, confirmando a liminar, revogar a prisão preventiva do paciente, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de decretação de nova custódia, caso demonstrada sua real necessidade, bem como para determinar ao Tribunal estadual que reavalie, com base no caso concreto e de acordo com os parâmetros do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena, ante o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado. (HC 288.589/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 25/04/2014)

⁴ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. Assim, a prisão provisória mostra-se legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada em caráter excepcional, mediante decisão suficientemente motivada. Não basta invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos alusivos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário, decorrentes dos elevados índices de violência urbana.

3. As instâncias ordinárias entenderam devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente em elementos inerentes ao próprio tipo penal em tese violado (como a inafiançabilidade e a hediondez do crime de tráfico, bem como o fato de o tráfico fomentar a prática de outros delitos), sem, no entanto, terem apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

4. A prevalecer a argumentação dessas decisões, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

5. Habeas corpus concedido, para tornar definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida e, conseqüentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, decretada no Processo n. 0006718-78.2014.8.26.0242. Fica, no entanto, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. De ofício, estendidos os efeitos dessa decisão ao corréu Lucas Eduardo Barbosa Silva.

trata sobre a fundamentação idônea, que no momento não remete às palavras chaves da pesquisa, enquanto o primeiro versa especificamente sobre a gravidade abstrata do delito. Então, deliberou-se por escolher o primeiro HC, pelo número de citações nos acórdãos do recorte.

No caso em questão, conclui-se que o STJ afirmou que a mera menção ao crime ou à sua hediondez, não seria fundamento apto para sustentar a decretação da prisão.

No voto do relator:

[...] A quantidade de droga apreendida nem sequer é mencionada na decisão constritiva, limitando-se o Juízo de piso a dizer que, com o acusado, foram encontradas algumas porções.

Considerações sobre a constatação da audácia na execução do crime, já que cometido em via pública, também não são suficientes para justificar a prisão, uma vez que é próprio de crime desta natureza ser praticado nessas circunstâncias.

Não há nada de excepcional no comportamento do paciente que venha justificar a prisão antes da sentença definitiva. [...] (HC 288.589/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 25/04/2014)

Nesse caso, as medidas cautelares diversas da prisão se faziam necessárias e cabíveis, a exemplo do monitoramento eletrônico (art. 319, IX do CPP) que seria suficiente para controlar a locomoção do acusado, suprimindo possível evasão e evitando a aplicação da prisão preventiva desnecessária justificada no art. 312 do CPP pelos tribunais, onde os casos são analisados de maneira superficial, desconsiderando as possibilidades das medidas diversas da prisão incluídas no artigo 319 do CPP e insurgindo ao acusado medidas cautelares máximas.

É possível afirmar que tal posicionamento é unânime na Quinta e Sexta Turmas do STJ, pois o acórdão, prolatado na Sexta Turma, e citado mais 5 vezes, foi utilizado como fundamentação em 96 ocasiões na Quinta Turma.

No caso do STF, fazendo uso da ferramenta de busca de jurisprudência do sítio do STF⁵ com as palavras-chave "prisão preventiva" e "gravidade abstrata" e "fundamentação idônea", e delimitando-se pelo período de 1º de janeiro de 2016 a 1º de dezembro de 2020 para ampliar número de casos decididos e analisar se há um posicionamento consolidado do Tribunal em relação à matéria. Obteve-se o seguinte:

(HC 316.708/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015) Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500338464.

⁵ Sítio eletrônico consultado para o levantamento dos acórdãos estudados: <http://portal.stf.jus.br/>.

TABELA 3 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências

PALAVRAS-CHAVE	QTD DE OCORRÊNCIAS
“prisão preventiva” e “gravidade abstrata” e “fundamentação idônea”	10

Examinando as ementas dos resultados, vê-se que os HC n^{os} 121854, 123441 e 120530, da Primeira Turma, e os HC n^{os} 139325, 142173, 133289, 134382, 134104, 130372 e 133670, da Segunda Turma, coadunam-se com a decisão exarada pelo STJ, o que nos faz concluir que o STF possui um entendimento uniforme sobre o tema, como indica a tabela abaixo:

TABELA 4 - Lista de decisões do STF similares ao HC n^o 316.708/SP do STJ.

Número da decisão	Turma	Relator	Data de Julgamento
HC n^o 121854	1 ^a Turma	Min. Marco Aurélio	26/04/2016
HC n^o 123441	1 ^a Turma	Min. Marco Aurélio	23/02/2016
HC n^o 120530	1 ^a Turma	Min. Marco Aurélio	16/02/2016
HC n^o 139325	2 ^a Turma	Min. Gilmar Mendes	27/06/2017
HC n^o 142173	2 ^a Turma	Min. Gilmar Mendes	24/11/2017
HC n^o 133289	2 ^a Turma	Min. Gilmar Mendes	23/08/2016
HC n^o 134382	2 ^a Turma	Min. Gilmar Mendes	02/08/2016
HC n^o 134104	2 ^a Turma	Min. Gilmar Mendes	02/08/2016
HC n^o 133670	2 ^a Turma	Min. Gilmar Mendes	03/05/2016
HC n^o 130372	2 ^a Turma	Min. Dias Toffoli	31/05/2016

Fonte: Sítio eletrônico do STF – <http://portal.stf.jus.br/> 1^o e 2^o Turmas.

No caso em questão, conclui-se que o STF afirma que a decisão que decreta a prisão preventiva amparada na manutenção da ordem pública deve indicar quais são elementos fáticos concretos que comprovam a necessidade da prisão cautelar preventiva do acusado.

Em adição, foi realizada outra pesquisa, sendo o objeto da busca: “A aplicação da prisão preventiva apoiada na garantia da ordem pública sob o fundamento do clamor social.”

A pesquisa foi delimitada, partindo do requisito “prisão preventiva”, chegando ao “clamor público” e “comoção social”. Logo após, foi decidido que as buscas pelas decisões seriam realizadas entre o período de 1^o de dezembro de 2016 até 1^o de dezembro de 2020, pois há o interesse em informar o quanto é frequente e atual a ocorrência da prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública, fundamentada no clamor social. Ato contínuo, a pesquisa foi definida por tribunal, onde se optou pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, considerando o maior alcance nacional dos casos e a acessibilidade dos dados.

Aos casos escolhidos como exemplo, foi realizada pesquisa no sítio do Superior Tribunal de Justiça⁶ e nas abas “jurisprudência” e “pesquisa” foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “prisão preventiva” e “clamor público” e “comoção social”. Para todos os termos foram encontradas as ocorrências informadas na tabela abaixo:

TABELA 5 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências

PALAVRAS-CHAVE	QTD DE OCORRÊNCIAS
“prisão preventiva” e “clamor público” e “comoção social”	19

No resultado da aba “informativo e outros produtos” do resultado da pesquisa, foi encontrado o caderno de Jurisprudência em Teses edição n° 32, sobre prisão preventiva, podendo ser acessado no endereço eletrônico do STJ (EDIÇÃO N° 32: PRISÃO PREVENTIVA Jurisprudência em Teses).

Fazendo uma leitura superficial das teses, foi identificada a tese n° 9, que trata especialmente sobre o clamor público, contendo várias decisões que formam a jurisprudência sobre o tema: “9) A alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público ou a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva” (STJ, 2021).

Nesse sentido, a aplicação da medida cautelar baseada na manutenção da ordem pública sob a motivação do clamor público é inconstitucional, pois viola o princípio de presunção de inocência, desrespeita o devido processo legal e vai de encontro à natureza das medidas cautelares. Lopes Júnior (2014, p. 401) afirma que “a prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor”.

Compartilhando dessa ideia, informa Lopes Júnior:

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo [...] Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública 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 malan partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública (LOPES JR, 2018, p. 410).

⁶ Sítio eletrônico do STJ – <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

Dessa lição, conclui-se que é preciso observar os princípios constitucionais da legalidade, da taxatividade e da presunção de não culpabilidade antes de aplicar a medida cautelar. Assim, a opinião pública, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva, considerando que os motivos para sua realização devem ocorrer de maneira taxativa.

Para além do argumento no clamor público, realizou-se nova pesquisa, nos mesmos moldes da análise de jurisprudência pretérita⁷, com as palavras-chave "prisão preventiva" e "repercussão social", e filtrados no período de 1º de janeiro de 2016 a 1º de dezembro de 2020, obtém-se:

TABELA 6 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências

PALAVRAS-CHAVE	QTD DE OCORRÊNCIAS
“prisão preventiva” e “repercussão social”	13

Do resultado, examinando as ementas de todas as decisões, vê-se que o HC nº 517142, os RHC nºs 93681, 83278 e 79898, da Quinta Turma, e o AgR no AREsp 1605539, o HC nºs 521381, 537974, 501102, 401178, 380698 e 338882, e o RHC nº 99513 e 90558, da Sexta Turma, corroboram o entendimento apresentado acima. Assim indica a tabela abaixo:

TABELA 7 - Lista de decisões do STJ similares ao RHC nº 55.070/MS do STJ

Número da decisão	Turma	Relator	Data de Julgamento
HC nº 517142	5º Turma	Min. Ribeiro Dantas	03/12/2019
RHC nº 93681	5º Turma	Min. Reynaldo Soares da Fonseca	27/02/2018
RHC nº 83278	5º Turma	Min. Ribeiro Dantas	23/05/2017
RHC nº 79898	5º Turma	Min. Joel Ilan Paciornik	25/08/2020
AgRg no AREsp 1605539	6º Turma	Min. Nefi Cordeiro	16/06/2020
HC nº 521381	6º Turma	Min. Antônio Saldanha Palheiro	04/02/2020
HC nº 537974	6º Turma	Min. Rogério Schietti Cruz	17/12/2019
HC nº 501102	6º Turma	Min. Rogério Schietti Cruz	14/05/2019
HC nº 401178	6º Turma	Min. Antônio Saldanha Palheiro	28/11/2017
HC nº 380698	6º Turma	Min. Sebastião Reis Júnior	05/10/2017

⁷ Sítio eletrônico do STJ – <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

HC nº 338882	6º Turma	Min. Sebastião Reis Júnior	23/02/2016
RHC nº 99513	6º Turma	Min. Sebastião Reis Júnior	07/08/2018
RHC nº 90558	6º Turma	Min. Rogério Schietti Cruz	06/02/2018

Fonte: Sítio eletrônico do STJ – <https://scon.stj.jus.br/SCON/>- 5º e 6º Turmas.

Inerente à jurisprudência na Corte constitucional, o mesmo tipo de recorte institucional⁸ traz que os HC nºs 109449, 116392, 102111, 96693, 86374, 90064 e 85046, da Primeira Turma, e os HC nºs 95362, 100863, 99072, 94509, 91741, 94144, e 80379, da Segunda Turma, são correntes ao encontro do entendimento do STJ, o que se leva a crer que se trata de uma jurisprudência consolidada nos dois tribunais superiores, conforme tabela abaixo:

TABELA 8 - Lista de decisões do STF similares ao HC nº 55.070 do STJ.

Número da decisão	Turma	Relator	Data de Julgamento
HC nº 109449	1º Turma	Min. Marco Aurélio	28/05/2013
HC nº 116392	1º Turma	Min. Marco Aurélio	18/06/2013
HC nº 102111	1º Turma	Min. Ricardo Lewandowski	16/11/2010
HC nº 96693	1º Turma	Min. Ricardo Lewandowski	31/03/2009
HC nº 86374	1º Turma	Min. Eros Grau	18/04/2006
HC nº 90064	1º Turma	Min. Sepúlveda Pertence	08/05/2007
HC nº 85046	1º Turma	Min. Eros Grau	15/03/2005
HC nº 95362	2º Turma	Min. Cezar Peluzo	10/03/2009
HC nº 100863	2º Turma	Min. Joaquim Barbosa	04/12/2009
HC nº 99072	2º Turma	Min. Dias Toffoli	21/03/2021
HC nº 94509	2º Turma	Min. Joaquim Barbosa	21/10/2008
HC nº 91741	2º Turma	Min. Ellen Gracie	03/06/2008
HC nº 94144	2º Turma	Min. Eros Grau	20/05/2008
HC nº 80379	2º Turma	Min. Celso de Mello	18/12/2020

Fonte: Sítio eletrônico do STF – <http://portal.stf.jus.br/>- 1º e 2º Turmas.

Como resultado da pesquisa, entende-se que os fundamentos utilizados para a decretação da prisão preventiva pautada na ordem pública em razão na repercussão social não assumem a função cautelar de defesa do processo, considerando que a legislação brasileira não

⁸ Para consulta sobre o recorte institucional de jurisprudência, cf. QUEIROZ & FEFERBAUM, 2012, p.144 e ss.

permite a alteração ou extensão dos requisitos que autorizam a prisão preventiva. Sabe-se, nessa lógica, que a garantia da ordem pública tem que ser interpretada à luz do processo ou do seu objeto e, além disso, destaca-se que o Poder Judiciário não atua em nome do poder democrático.

Por todo exposto até aqui, resta claro que a prisão preventiva pautada na ordem pública, além de não deixar clara a definição da sua expressão, é medida vaga e seus requisitos não possuem fins processuais, violando princípios constitucionais como o devido processo legal, gerando assim, insegurança jurídica.

2.2 O risco da reiteração delitiva e a periculosidade do agente como argumentos plausíveis para justificar a custódia preventiva como garantia da ordem pública

A reiteração delitiva e a periculosidade do agente são algumas das hipóteses utilizadas para fundamentar a prisão preventiva debruçada na hipótese de manutenção da ordem pública. Se já havia certa dificuldade em delimitar a expressão “ordem pública” no âmbito jurídico, iguais se tornam conceituar e delimitar os termos “reiteração delitiva” e “periculosidade do agente”, considerando que, na maioria das vezes, estão baseadas em justificativas abstratas.

Existe uma grande discussão entre a doutrina e a jurisprudência acerca do assunto, pois as justificativas dadas pelos tribunais para que essas hipóteses sejam aplicadas geralmente são superficiais e sem base jurídica. Alguns doutrinadores entendem que a reiteração delitiva e a periculosidade do agente são complementos uma da outra, vez que o perigo atribuído ao agente induz imediatamente ao risco de reiteração ao crime.

Dessa maneira, faz-se importante abordar sobre a teoria da periculosidade, que teve origem com o pensamento positivista criminalista durante o século XIX, época na qual os maiores pensadores relacionavam a periculosidade do agente à reincidência delitiva, à mera probabilidade da ocorrência dela ou ao estigma que alguns crimes carregavam diante da sociedade.

Segundo o pensador positivista Raffaele Garofalo, a periculosidade define-se como “a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente”. (GAROFALO, 1885, p. 265 apud MECLER, 2020, p. 71). Na visão de Garofalo, a defesa social deveria agir com uma “lei natural”, de eliminação tácita do convívio social pela morte, como a seleção natural dos inadaptáveis, a fim de que seja mantida a ordem social (GAROFALO, 1885, p. 265 apud MECLER, 2010, p. 71).

O entendimento do pensador positivista citado acima deixa transparecer para a atualidade, informações superficiais, injustas e discriminatórias acerca da definição da

periculosidade do agente. Ocorre que o entendimento atual da jurisprudência brasileira ainda se assemelha aos pensamentos positivistas daquela época. Basta observar os julgados recentes em favor da aplicação da medida cautelar de prisão preventiva com enfoque na hipótese de ordem pública, sob o fundamento da periculosidade do agente.

Com o fim de validar essa informação, foi utilizada a ferramenta de pesquisa, na busca de um caso (conforme o que foi executado na pesquisa de jurisprudência mencionada no tópico anterior) onde o acusado foi preso preventivamente, com base na manutenção da ordem pública, desta vez, sob os fundamentos de reiteração delitiva e periculosidade do agente.

A pesquisa foi realizada de forma delimitada, sendo o objeto da busca: a aplicação da prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública sob o fundamento de reiteração delitiva e periculosidade do agente. Foi então realizada pesquisa consultando o caderno de Jurisprudência em Teses⁹ do sítio do STJ. Tal pesquisa foi selecionada pois não seria possível realizar uma pesquisa de fôlego no sítio do tribunal dado o curto prazo para a realização da pesquisa.

Tomando como base a pesquisa anterior, foi visto que a tese n° 12, da edição n° 32, que versa sobre prisão preventiva, aborda esse conceito:

12) A prisão cautelar pode ser decretada para garantia da ordem pública potencialmente ofendida, especialmente nos casos de: reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito (modus operandi). (STJ, 2021)

Como forma adicional de verificar o quanto essas decisões são recorrentes, foi realizada pesquisa no sítio do Superior Tribunal de Justiça¹⁰ e nas abas “jurisprudência” e “pesquisa” foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “prisão preventiva”, “ordem pública”, “reiteração delitiva” e “periculosidade do agente”. A pesquisa foi feita utilizando-se o recorte temporal compreendendo o período de 1° de janeiro de 2016 a 1° de dezembro de 2020. Para cada palavra-chave mencionada foram encontradas as ocorrências informadas na tabela abaixo:

Tabela 9 – Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências

PALAVRAS-CHAVE	QTD DE OCORRÊNCIAS
“Prisão preventiva”, “Ordem pública”, “Reiteração delitiva”, “Periculosidade do agente”	1789

⁹ Sítio eletrônico do STJ para consultar a aba Jurisprudência em Teses: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>.

¹⁰ Sítio eletrônico do STJ – <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

Na lista de decisões que embasam a edição n° 32, foram escolhidas duas decisões conforme descritos nas ementas abaixo. A começar pelo Recurso Ordinário em Habeas Corpus - RHC n° 53.944/SP, julgado no dia 10 de março de 2015. A escolha se deu pelo fato do relator, Ministro Jorge Mussi, ter sido prolator de 294 decisões no filtro, e ter abordado especificamente sobre o juízo de periculosidade do agente. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA, ADOLESCENTE OU VULNERÁVEL. LESÃO CORPORAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. GRAVIDADE DAS CONDUTA IMPUTADAS. RISCO EFETIVO DE CONTINUIDADE DAS AÇÕES CRIMINOSAS. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. MANDADO DE PRISÃO CUMPRIDO MESES APÓS EXPEDIDO. FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO QUE CONTINUA NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. QUESTÕES MERITÓRIAS. AUSÊNCIA DE DEBATE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO E REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE DE APRECIACÃO. RECLAMO EM PARTE CONHECIDO E NESSE PONTO IMPROVIDO.

1. A aventada ilegalidade da prisão preventiva e a possibilidade de sua substituição por cautelares diversas já foi objeto de exame nesta Superior Instância em reclamo anterior, em que se concluiu pela fundamentação e necessidade da medida extrema, diante das circunstâncias extremamente graves em que cometidos os delitos, fatores a desautorizar a aplicação de medidas menos severas que a constrição.

2. Caso em que o recorrente é acusado de induzir, facilitar ou submeter a vítima - adolescente com 15 (quinze) anos de idade - à prostituição, mediante promessa de contraprestação não cumprida, e de providenciar encontros sexuais do menor com os dois corréus, a fim de que também satisfizessem suas lascívias, permitindo ainda que o menino fizesse uso de sua casa para consumir entorpecentes e, como se não bastasse, em comparsaria, mediante violência física, agrediu-o, causando-lhe lesões corporais, por ter furtado bens de sua residência em razão do não pagamento pelos atos sexuais praticados.

3. A segregação continua necessária para acautelar o meio social, mesmo finda a instrução criminal, pois ainda se faz presente o periculum libertatis, traduzido pela gravidade diferenciada de conduta imputada ao agente, evidenciadora de que tem personalidade distorcida, violenta e voltada à pedofilia.

4. O fato de o recorrente já ter sido condenado pela prática de idêntico crime - favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável -, é circunstância que revela a sua inclinação à criminalidade e o risco efetivo de reiteração.

5. As questões referentes à ausência de provas consistentes das práticas criminosas imputadas ao agente não foram objeto de exame no aresto combatido, impedindo sua análise diretamente neste Superior Tribunal sob pena de indevida supressão de instância e, ademais, dizem respeito à ação penal e demandariam, para o seu reconhecimento, o reexame aprofundado das provas produzidas, inviável na via célere eleita.

6. Recurso ordinário em parte conhecido e nessa extensão improvido.(RHC 53.944/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015) (GRIFO NOSSO)

No julgado acima, a defesa, a fim de reiterar as possibilidades trazidas pelo Código de Processo Penal, sustentou que os fundamentos utilizados pelo Tribunal são concretos e idôneos, sendo o paciente reincidente do mesmo crime no qual é réu, e que a medida cautelar foi determinada com respaldo nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Cabe ressaltar que o assunto é harmonizado entre as turmas criminais do STJ. Aplicando a mesma mecânica da pesquisa anterior, marcando a opção de “casos notórios”, e no mesmo recorte temporal. A pesquisa retornou 12 resultados, dos quais 11 decisões colegiadas foram no mesmo sentido da decisão exposta acima, a saber: HC n° 573301, HC n° 123104, AgRg no RHC n° 127987, AgRg no HC n° 582040, RHC n° 128762, AgRg no RHC n° 127997, HC n° 533713, RHC n° 117636, RHC n° 112340, HC n° 524524, da Quinta Turma e um da Sexta Turma, HC n° 446588. Assim indica a tabela abaixo:

TABELA 10 - Lista de decisões do STJ similares ao RHC n° 53.994/SP do STJ.

Número da decisão	Turma	Relator	Data de Julgamento
HC n° 573301	6° Turma	Min. Rogério Schiatti Cruz	30/06/2020
HC n° 123104	5° Turma	Min. João Otávio de Noronha	09/02/2021
AgRg no RHC n° 127987	5° Turma	Min. Joel Paciornik	15/09/2020
AgRg no RHC n° 582040	5° Turma	Min. Joel Paciornik	08/09/2020
RHC n° 128762	5° Turma	Min. Joel Paciornik	08/09/2020
AgRg no RHC n° 127997	5° Turma	Min. Joel Paciornik	01/09/2020
HC n° 533713	5° Turma	Min. Joel Paciornik	10/12/2019
RHC n° 117636	5° Turma	Min. Joel Paciornik	15/10/2019
RHC n° 112340	5° Turma	Min. Joel Paciornik	05/09/2019
HC n° 524524	5° Turma	Min. Ribeiro Dantas	27/08/2019
HC n° 446588	6° Turma	Min. Sebastião Reis Júnior	08/05/2018

Fonte: Sítio eletrônico do STJ – <https://scon.stj.jus.br/SCON/>- 5° e 6° Turmas.

Já analisando os precedentes do STF, na mesma linha de pesquisa, o resultado consistiu em 22 decisões no filtro, identificou-se que os Habeas Corpus números 192276 AgR, HC n° 155054, HC n° 182547 AgR, HC n° 154438, HC n° 186537 AgR, HC n° 147235, HC n° 154755 AgR, da Primeira Turma, e os HC n° 177062 AgR, HC n° 175766 AgR, HC n° 136255, HC n° 171366 AgR, HC n° 137027, HC n° 141146 AgR, HC n° 140215 AgR, HC n° 144916 AgR, HC n° 142435 AgR, HC n° 134444 AgR, HC n° 163426 AgR, HC n° 128650, HC n° 155073 AgR, HC n° 172740 AgR, e RHC n° 192191 AgR, da Segunda Turma, vão ao encontro da posição consolidada do STJ, não havendo, assim, qualquer divergência quanto ao tema entre as turmas ou os tribunais, como indica a tabela abaixo:

TABELA 11- Lista de decisões do STF similares ao HC n° 53.994/SP do STJ

Número da decisão	Turma	Relator	Data de Julgamento
HC n° 192276 Agr	1° Turma	Min. Alexandre de Moraes	11/11/2020
HC n° 155054	1° Turma	Min. Marco Aurélio	14/05/2019
HC n° 182547 Agr	1° Turma	Min. Alexandre de Moraes	27/04/2020
HC n° 154438	1° Turma	Min. Marco Aurélio	23/04/2019
HC n° 186537	1° Turma	Min. Alexandre de Moraes	18/08/2020
HC n° 147235	1° Turma	Min. Marco Aurélio	12/11/2019
HC n° 154755 Agr	1° Turma	Min. Roberto Barroso	31/08/2018
HC n° 177062	2° Turma	Min. Edson Fachin	31/08/2020
HC n° 175766 Agr	2° Turma	Min. Edson Fachin	29/11/2019
HC n° 136255	2° Turma	Min. Ricardo Lewandowski	25/10/2016
HC n° 171366	2° Turma	Min. Edson Fachin	18/10/2019
HC n° 13702	2° Turma	Min. Ricardo Lewandowski	25/04/2017
HC n° 141146 Agr	2° Turma	Min. Edson Fachin	15/03/2019
HC n° 140215	2° Turma	Min. Dias Toffoli	31/03/2017
HC n° 144916 Agr	2° Turma	Min. Dias Toffoli	25/08/2017
HC n° 142435	2° Turma	Min. Dias Toffoli	09/06/2017
HC n° 134444 Agr	2° Turma	Min. Dias Toffoli	07/06/2016
HC n° 163426	2° Turma	Min. Edson Fachin	14/06/2019
HC n° 128650	2° Turma	Min. Dias Toffoli	20/09/2016
HC n° 155073 Agr	2° Turma	Min. Dias Toffoli	29/06/2018
HC n° 172740 Agr	2° Turma	Min. Gilmar Mendes	23/08/2019
RHC n° 192191	2° Turma	Min. Ricardo Lewandowski	04/11/2020

Fonte: Sítio eletrônico do STF – <http://portal.stf.jus.br/>- 1° e 2° Turmas.

Em conformidade com o que foi citado, a reiteração delitiva está relacionada à periculosidade do agente, dado que, no entendimento majoritário da jurisprudência, se o agente é considerado perigoso, a probabilidade de reiteração desse indivíduo ao crime se torna significativa. Ao contrário da maioria das decisões, a prisão preventiva em razão da possível reiteração delitiva resume-se em antecipação da pena, e conseqüentemente em violação ao princípio de presunção de inocência, haja vista se tratar da probabilidade de cometimento de crimes futuros.

Salo de Carvalho preconiza que “uma das principais distinções entre o sistema inquisitório e o acusatório (constitucional) se manifesta no que diz respeito à existência de possibilidades de concreta refutação das hipóteses probatórias” (CARVALHO, 2001, p. 199). Em outras palavras, a aplicação da medida cautelar para proteção da ordem pública fundamentada na reiteração delitiva do agente deve ser descartada e declarada inconstitucional, tendo em conta que se consubstancia em argumento severo e incisivo o qual confronta os princípios constitucionais e o devido processo legal.

Alude Lopes Júnior que a probabilidade de reiteração delitiva do agente é impossível de ser detectada, “[...] (salvo para os casos de vidência e bola de cristal) é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros” (LOPES JR, 2017, p. 122). Em suas palavras:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um Direito Penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o Direito Penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível quanto a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal... (LOPES JR, 2017, 122).

Esse é, de fato, um dos maiores questionamentos debatidos entre os doutrinadores e estudiosos do tema, atentando-se à vasta interpretação do seu conceito em razão da pouca delimitação da expressão. Posto isto, entende-se plausível expor o entendimento do já citado Rogério Schietti Cruz, que opina de maneira oposta à Lopes Júnior:

Tanto o direito penal quanto o processual podem, sim, legislar tendo como perspectiva a provável ocorrência de fatos no futuro, a partir de dados do passado. No terreno do processo penal cautelar essa possibilidade é quase a própria justificativa da sua existência. Deveras, há objetivo maior em todo

provimento cautelar que não o de prevenir danos futuros? (CRUZ, 2020, p. 267).

Para o autor, “o conceito de *periculum libertatis* denota exatamente a percepção de que a liberdade do investigado ou acusado pode trazer prejuízos futuros para a instrução, para aplicação da lei ou para a ordem pública” (CRUZ, 2020, p. 267).

Indiscutivelmente, é compreensível o entendimento de ambos os doutrinadores, ao ponto que o primeiro entende que o princípio constitucional da presunção de inocência não deve ser violado, afastando a possibilidade da reiteração delitiva ser fundamento legítimo para a decretação da medida cautelar, enquanto o outro defende a aplicação da medida justificando-se no próprio conceito da expressão (*periculum libertatis*).

Ainda nesse argumento, é importante citar que parte da doutrina defende a ideia da segregação para evitar a reiteração do crime, devendo ser aplicada a prisão preventiva respeitando algumas condições que devem ser analisadas individualmente em cada caso.

Sob a ótica de Eugênio Pacelli, a aplicação da medida cautelar fundamentada na possível reiteração delitiva necessita que cuidadosamente seja comprovada a autoria do crime, sendo primordial “uma confissão válida ou uma prisão em flagrante sobre a qual não paire qualquer dúvida quanto à sua regularidade e legalidade”. Pois “assim, e só assim, poder-se-á aceitar uma possibilidade de risco de novos crimes por parte de quem não pode ainda ser considerado culpado” (PACELLI, 2013, p. 96).

Em concordância a Pacelli, Norberto Avena alega ser viável a aplicação da medida cautelar de prisão preventiva justificada na ordem pública, “quando a permanência do acusado em liberdade importar intranquilidade social”, sendo indispensáveis fundamentos concretos que traduzam a necessidade da medida tomada para evitar a reiteração ao crime (AVENA, 2014, p. 898).

Tendo em conta o que foi exposto, conclui-se que Pacelli e Avena entendem que a reiteração delitiva para fins de prisão preventiva suportada na manutenção da ordem pública deve estar baseada em fundamentos concretos que apresentem, no mínimo, a gravidade do crime, a periculosidade do agente, especificando os riscos atuais e futuros que a sua liberdade ocasiona à sociedade, bem como, sua personalização e seus antecedentes criminais.

Em tal caso, é importante assinalar que a jurisprudência se inclina a apoiar a aplicabilidade da medida cautelar fundada na ordem pública quando houver a possibilidade de reiteração delitiva do agente, principalmente quando se trata de um réu reincidente.

Utilizando o mesmo critério de pesquisa anterior¹¹, com as palavras-chave “prisão preventiva” e “reiteração delitiva”, com a opção marcada “casos notórios” e também delimitada pelo recorte temporal compreendido entre o período de 1º de janeiro de 2016 a 1º de dezembro de 2020. Obteve-se o seguinte resultado:

TABELA 12- Palavras-chave pesquisadas e quantidade de ocorrências

PALAVRAS-CHAVE	QTD DE OCORRÊNCIAS
“Prisão preventiva” e “Reiteração delitiva”	185

Em uma nova filtragem, optou-se por selecionar as decisões do Ministro Rogério Schietti, considerando ser o magistrado mais recorrente no filtro de pesquisa, com 55 decisões.

De uma leitura flutuante das decisões do Ministro, escolheu-se o HC nº 573.301/SP, julgado em 30 de julho de 2020, em processo referente à operação “Patrón”, do caso Lava Jato, que possui grande repercussão social, noticiado em diversos veículos jornalísticos, como o Carta Capital (2021).

Nessa perspectiva, o STJ decidiu pela revogação da prisão preventiva de uma acusada por falta de elementos caracterizadores de uma reiteração delitiva, se posta em liberdade. Observe:

HABEAS CORPUS CONTRA LIMINAR DE DESEMBARGADOR. OPERAÇÃO PATRÓN. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA Nº 691 DO STF. SUPERAÇÃO. ILEGALIDADE DO ÉDITO PRISIONAL. PERICULUM LIBERTATIS NÃO JUSTIFICADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Permite-se a superação da Súmula nº 691 do STF em casos excepcionais, quando, sob a perspectiva da jurisprudência deste Superior Tribunal, num exame superficial, a ilegalidade do ato apontado como coator é inegável para ser corrigida até o julgamento de mérito da impetração originária.
2. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, deve apoiar-se em motivos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).
3. Sujeita-se a medida processual à prova da ocorrência de crime(s) punido(s) com pena superior a 4 anos de reclusão (salvo nas hipóteses do art. 313 do CPP) e a suficientes indícios de autoria, comprovada a materialidade delitiva.
4. O Magistrado explicou que a paciente, denunciada por pertencimento a organização criminosa, teria ocultado dinheiro de doleiro brasileiro durante fuga da Justiça, com o objetivo de influenciar seus interesses ilícitos perante autoridades do Paraguai.

¹¹ Sítio eletrônico do STJ – <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

5. Em regra, excetuadas as hipóteses previstas em lei, crimes perpetrados fora do território nacional, por cidadão estrangeiro, não atraem a aplicação da lei brasileira. Ainda que a organização criminosa sob apuração tenha caráter transnacional, o Juiz não evidenciou o risco de reiteração delitiva e, portanto, a necessidade de acautelar a ordem pública.

6. A paciente é primária, mãe de duas crianças e acusada de crime sem violência. O édito prisional não identifica o modo de sua atuação no bando, para auxiliar doleiro que, atualmente, está em prisão domiciliar.

7. Não delineada a acentuada periculosidade da ré ou o risco que sua liberdade representa para a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, é possível superar a Súmula n° 691 do STF, pois, em conformidade com o art. 313, § 2°, do CPP, com a redação dada pela Lei n° 13.964/2019, não será admitida a segregação ante tempus "como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia".

8. Habeas corpus concedido para, confirmada a liminar, revogar o édito prisional, com recomendação para que a defesa especifique o endereço no qual a ré, doravante, poderá receber comunicações judiciais. (HC 573.301/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 04/08/2020)

No caso em questão, o STJ concedeu o Habeas Corpus ao paciente, fundamentando-se na ausência do risco de reiteração delitiva e na garantia de ordem pública. Nesse sentido, o tribunal embasou suas justificativas na baixa probabilidade de reincidência da paciente, que é ré primária e mãe de duas filhas, não se evidenciando a presença do *periculum libertatis*.

Nota-se que na Quinta Turma do STJ há decisões nesse sentido. Por meio da ferramenta de pesquisa de jurisprudência na mesma forma utilizada acima, inserindo a busca de palavras-chave também nas ementas, a fim de facilitar a leitura flutuante, foram retornados 22 resultados, do quais todos são similares ao entendimento exposto (RHC n° 130126, 123104, AgRg no RHC n° 127987, AgRg no HC n° 582040, RHC n° 128762, AgRg no RHC n° 127997, HC n° 533713, HC n° 537960, HC n° 520840, RHC n° 117636, RHC n° 112340, HC n° 524524, HC n° 11516, HC n° 418374, HC n° 404582, HC n° 412555, HC n° 401301, HC n° 382493, RHC n° 75411, HC n° 339037, HC n° 338297 e HC n° 338345). Na Sexta Turma há precedentes condizentes com a Quinta Turma, podendo ser citado o RHC n° 120242, HC n° 513143, HC n° 446588, HC n° 398474 e RHC n° 65184, como indica a tabela abaixo:

TABELA 13- Lista de decisões do STJ similares ao Habeas Corpus n° 573.301/RJ.

Número da decisão	Turma	Relator	Data de Julgamento
RHC n° 130126	5° Turma	Min. Joel Paciornik	Ilan 03/11/2020
RHC n° 123104	5° Turma	Min. Joel Paciornik	Ilan 27/10/2020
AgRg no RHC n° 127987	5° Turma	Min. Joel Paciornik	Ilan 15/09/2020

AgRg no HC n° 582040	5° Turma	Min. Joel Ilan	08/09/2020
RHC n° 128762	5° Turma	Min. Joel Ilan	08/09/2020
AgRg no RHC n° 127997	5° Turma	Min. Joel Ilan	01/09/2020
HC n° 533713	5° Turma	Min. Joel Ilan	10/02/2019
HC n° 537960	5° Turma	Min. Reynaldo Soares da Fonseca	03/12/2019
HC n° 520840	5° Turma	Min. Reynaldo Soares da Fonseca	15/10/2019
RHC n° 117636	5° Turma	Min. Joel Ilan	15/10/2019
RHC n° 112340	5° Turma	Min. Joel Ilan	05/09/2019
HC n° 524524	5° Turma	Min. Ribeiro Dantas	27/08/2019
HC n° 11516	5° Turma	Min. José Arnaldo da Fonseca	15/08/2000
HC n° 418374	5° Turma	Min. Felix Fischer	01/03/2018
HC n° 404582	5° Turma	Min. Ribeiro Dantas	12/12/2017
HC n° 412555	5° Turma	Min. Ribeiro Dantas	12/12/2017
HC n° 401301	5° Turma	Min. Ribeiro Dantas	26/09/2017
HC n° 382493	5° Turma	Min. Felix Fischer	21/03/2017
RHC n° 75411	5° Turma	Min. Joel Ilan	06/12/2016
HC n° 339037	5° Turma	Min. Jorge Mussi	15/12/2015
HC n° 338297	5° Turma	Min. Ribeiro Dantas	15/12/2015
HC n° 338345	5° Turma	Min. Felix Fischer	15/12/2015
RHC n° 120242	6° Turma	Min. Antonio Saldanha Palheiro	04/02/2020
HC n° 513143	6° Turma	Min. Sebastião Reis Júnior	17/09/2019
HC n° 446588	6° Turma	Min. Rogério Schiatti Cruz	08/05/2018
HC n° 398474	6° Turma	Min. Antonio Saldanha Palheiro	28/11/2017
RHC n° 65184	6° Turma	Min. Maria Thereza de Assis Moura	15/12/2015

Fonte: Sítio eletrônico do STJ – <https://scon.stj.jus.br/SCON/>- 5° e 6° Turmas

No caso do STF, o mesmo recorte no sítio da Corte Suprema¹² retornou 22 decisões para a Primeira Turma e 26 para a Segunda Turma. Efetuando uma análise perfunctória das ementas, vê-se que o HC n° 192305, HC n° 192810 AgR, HC n° 191612 AgR, HC n° 174957 AgR, HC

¹² Sítio eletrônico consultado para o levantamento dos acórdãos estudados: <http://portal.stf.jus.br/>

nº 176239 AgR, HC nº 147235, HC nº 176525 AgR, HC nº 169115 AgR, HC nº 154755 AgR, HC nº 154827 AgR, HC nº 148372 AgR e HC nº 147966 AgR, da Primeira Turma, e os HC nºs 160225, 160280, 158802 MC-AgR, HC nº 163426 AgR, HC nº 152860 AgR, HC nº 149759 AgR, HC nº 140733, HC nº 137728, HC nº 140312 AgR-AgR, HC nº 136223, HC nº 140215 AgR, HC nº 137234, HC nº 136255, HC nº 134023, HC nº 134968, HC nº 132296 e HC nº 133056, da Segunda Turma, são similares ao entendimento do STJ sobre a reiteração delitiva e periculosidade do agente. Assim, conclui-se que há jurisprudência firmada nos dois tribunais, como indica a tabela abaixo:

TABELA 14 - Lista de decisões do STF similares ao Habeas Corpus nº 573.301 do STJ.

Número da decisão	Turma	Relator	Data de Julgamento
HC nº 192305	1º Turma	Min. Marco Aurélio	23/11/2020
HC nº 192810 AgR	1º Turma	Min. Alexandre de Moraes	16/11/2020
HC nº 191612 AgR	1º Turma	Min. Alexandre de Moraes	11/11/2020
HC nº 174957 AgR	1º Turma	Min. Roberto Barroso	04/05/2020
HC nº 176239 AgR	1º Turma	Min. Alexandre de Moraes	29/11/2019
HC nº 147235	1º Turma	Min. Marco Aurélio	12/11/2019
HC nº 176525 AgR	1º Turma	Min. Alexandre de Moraes	05/11/2019
HC nº 169115 AgR	1º Turma	Min. Luiz Fux	28/06/2019
HC nº 154755 AgR	1º Turma	Min. Roberto Barroso	31/08/2018
HC nº 154827 AgR	1º Turma	Min. Luiz Fux	25/05/2018
HC nº 148372 AgR	1º Turma	Min. Alexandre de Moraes	07/11/2017
HC nº 147966 AgR	1º Turma	Min. Luiz Fux	07/11/2017
HC nº 160225	2º Turma	Min. Gilmar Mendes	29/05/2020
HC nº 160280	2º Turma	Min. Gilmar Mendes	29/05/2020
HC nº 158802	2º Turma	Min. Gilmar Mendes	29/05/2020
HC nº 163426 AgR	2º Turma	Min. Edson Fachin	29/05/2020
HC nº 152860 AgR	2º Turma	Min. Gilmar Mendes	29/05/2020
HC nº 149759 AgR	2º Turma	Min. Dias Toffoli	12/12/2017
HC nº 140733	2º Turma	Min. Gilmar Mendes	09/05/2017
HC nº 137728	2º Turma	Min. Dias Toffoli	30/05/2017
HC nº 140312 AgR-AgR	2º Turma	Min. Edson Fachin	25/04/2017
HC nº 136223	2º Turma	Min. Edson Fachin	25/04/2017
HC nº 140215 AgR	2º Turma	Min. Dias Toffoli	31/03/2017
HC nº 137234	2º Turma	Min. Teori Zavascki	13/12/2016

HC n° 136255	2° Turma	Min. Ricardo Lewandowski	25/10/2016
HC n° 134023	2° Turma	Min. Gilmar Mendes	23/08/2016
HC n° 134968	2° Turma	Min. Dias Toffoli	23/08/2016
HC n° 132296	2° Turma	Min. Teori Zavascki	02/08/2016
HC n° 133056	2° Turma	Min. Teori Zavascki	02/08/2016

Fonte: Sítio eletrônico do STF – <http://portal.stf.jus.br/>- 1° e 2° Turmas

Pelo exposto, percebe-se que o STJ tem reformado as decisões de instâncias inferiores, que usam, como fundamentos para a prisão preventiva, dados genéricos. Provavelmente pela ausência de delimitação da própria expressão ou pela abrangência de significados que esta possui, deixando ao entendimento discricionário dos juízes a decisão de quem se deve acautelar, cabendo aos tribunais superiores realizar uma espécie de “controle de prisões banais”. Tanto é que, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019, houve uma estabilização do número de presos provisórios nos últimos anos, como indica o infográfico do Infopen¹³:

TABELA 15 – Distribuição do número de presos provisórios por ano.

ANO	População Prisão	Presos Provisórios
2005	361400	102.116
2006	401200	112.138
2007	422400	127.562
2008	451400	138.939
2009	473600	152.612
2010	496300	164.683
2011	514600	173.818
2012	549800	195.036
2013	581500	216.342
2014	622200	249.668
2015	698600	261.786
2016	722120	252.256
2017	722716	255.900
2018	744532	261.017
2019	755274	229.823

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Dezembro/2019.

Contudo, não se pode olvidar que, até 19 de dezembro de 2019, o Brasil possuía cerca de 773 mil presos, dentre os quais, cerca de 222 mil são provisórios. Com este cenário preocupante, a população de presos provisórios em relação ao total de presos no Brasil é de

¹³ INFOPEN. Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiazWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

33% (trinta e três por cento). Logo, um terço dos presos do Brasil não possuem condenação definitiva.

O tempo médio de prisão provisória também é outro motivo de preocupação. Um estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2017) mostra que o tempo médio de prisão no Brasil varia de 172 a 974 dias, com média não ponderada de 367 dias.

Isso prova que a prisão provisória, com altos índices de presos e tempo de encarceramento, vem assumindo o papel de condenação antecipada.

Quando se refere ao STJ e STF, percebe-se que há a tendência de jurisprudência com características garantistas¹⁴, na medida em que se vê, pelas diversas decisões e análises dos julgados exemplificadas, uma grande busca por respeito a fundamentações concretas e sempre norteada pelos dados contidos nos autos, notadamente na averiguação do juízo de periculosidade do agente, gravidade do crime, probabilidade de reiteração delitiva, e chances reais de ofensa à ordem pública.

Disso, é plausível concluir que os tribunais superiores têm feito contraponto à banalização das prisões preventivas expedidas pelos tribunais de 1º e 2º graus, que vêm utilizando o instituto cautelar em desacordo com os fins processuais que legitimam o encarceramento provisório.

¹⁴ Segundo Luigi Ferrajoli, *Garantismo Penal* “designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.” (FERRAJOLI, 2002, p. 683).

Para corroborar o conceito acima, Ferrajoli explica o Garantismo como “uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

3 PRISÃO PREVENTIVA SEGUNDO AS ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME

A Lei n° 13.964, sancionada em 24 de dezembro de 2019, comumente chamada de “Pacote Anticrime”, foi inicialmente idealizada pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro como uma resposta ao clamor social pela modernização da política criminal brasileira frente à corrupção, às organizações criminosas e à impunidade.

O então Ministro apresentou, por via do Presidente da República, o Projeto de Lei n° 882/2019, que expôs, dentre diversos argumentos, a justificativa:

A primeira e essencial observação, é a de que este projeto tem por meta estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Ele enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, porque eles são interligados e interdependentes. Portanto, de nada adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas. Feito o alerta, passa-se à exposição dos motivos.

O Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública. Corrupção, diz-se com certa descrença, faz parte de nossa história, acompanha-nos desde a chegada de Pedro Álvares Cabral em nosso território, pois, afirma-se que Pero Vaz de Caminha, em carta ao Rei de Portugal, teria solicitado liberdade para o seu genro que estaria preso na ilha de São Tomé. (EM n° 0014/2019/MJSP)

O referido projeto não prosperou, sendo substituído pelo Projeto de Lei n° 10.372/2018, realizado por um grupo de trabalho constituído por juristas da área e presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Apesar de ter sido mantida a essência da justificativa do Projeto de Lei rejeitado, a proposta substitutiva oferecida pelo Congresso Nacional, convertida na Lei n° 13.964/2019, sofreu profundas modificações em relação à inicial, mas manteve diversos pontos demandados pelo ex-Ministro Sérgio Moro, bem como retirou outros.

Relativamente ao tema objeto deste trabalho, o Pacote Anticrime trouxe alterações significativas ao instituto da prisão preventiva, principalmente no tocante ao papel do magistrado no processo penal.

As modificações tiveram o condão de melhor distribuir e definir as atribuições do juiz e do Ministério Público, em suas respectivas responsabilidades constitucionais de órgão julgador e acusador.

Comenta Eugênio Pacelli que a supracitada mudança legislativa incorreu em uma reviravolta na esfera de competência do juiz, porquanto agora a imposição das medidas

cautelares, tanto as diversas da prisão, como a própria prisão preventiva, agora dependerão de requerimento do parquet e da autoridade policial. (PACELLI, 2020, p. 1318)

Quanto aos pressupostos da prisão preventiva, a nova lei inseriu no art. 312, o requisito de demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do agente. Com essa inovação legal, o estado de perigo invocado pelas hipóteses do art. 312 deixou de ser automático e presumido, e passou a figurar como condição *sine qua non* para a decisão sobre a prisão preventiva.

De uma maneira objetiva, o próximo tópico irá melhor explicitar a aplicação dessa condição como fundamento para prender cautelarmente o indivíduo, a partir da visão doutrinária e jurisprudencial do tema.

Em igual importância, o Congresso Nacional definiu por uma maior rigidez nas fundamentações das decisões de prisão preventiva, no intuito de trazer maior segurança jurídica, transparência e imparcialidade, onde é delimitado parâmetros para motivar corretamente os decretos de prisão de que trata o art. 312, do código de processo penal.

3.1 Perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado

Como já dito no tópico anterior, a Lei n° 13.964/2019 trouxe nova redação ao art. 312, inserindo em um trecho de seu *caput* a exigência de demonstração do perigo que o agente representa estando em situação de liberdade, assim como a inserção do parágrafo 2º, que diz: “§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Em que se pese serem consideradas inovações no âmbito legislativo processual penal, essas imposições normativas já eram posições pacificadas no STJ antes da entrada em vigor da Lei n° 13.964/2019, como pode ser visto, por exemplo, no *Habeas Corpus* n° 493.463/PR:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. SONEGAÇÃO FISCAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. LAVAGEM DE DINHEIRO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS. FALTA DE CONTEMPORANEIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Pacífico é o entendimento de que a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar

2. A falta de contemporaneidade do delito imputado ao paciente e a não ocorrência de fatos novos a justificarem a necessidade de segregação tornam a prisão preventiva ilegal, por não atenderem ao requisito essencial da cautelaridade.

3. Se os fatos investigados se referem ao período de 2/12/2013 a 26/1/2016 e a prisão foi decretada apenas em 12/11/2018, sem ter sido apontado fato

recente para justificar sua segregação provisória, verifica-se a ocorrência de ilegalidade, por ausência de requisito essencial da cautelaridade.

4. Habeas corpus concedido para a soltura do paciente FRANKLIN MANOEL DE GOUVEIA CARVALHO, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão processual, essa última fundamentada exclusivamente por fatos novos.(STJ - HC: 493463 PR 2019/0042911-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 11/06/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2019) (grifo nosso)

Nesse sentido, Lima discorre:

Nesse ponto em especial, não houve qualquer inovação por parte do Pacote Anticrime. Afinal, sempre se entendeu que a decretação de toda e qualquer prisão preventiva tem como pressuposto o denominado *periculum libertatis*, consubstanciado numa das hipóteses já ressaltadas pelo caput do art. 312, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal, ou, como dispõe o art. 282, inciso I, do CPP, quando a medida revelar-se necessária para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. (LIMA, 2020, p. 1063)

Antes de se adentrar à análise jurídica do artigo, faz-se oportuno explanar o conceito da expressão “perigo”. Pois, tal como a legislação penal foi silente quanto à delimitação jurídica do conceito de ordem pública, não há definição clara ou concreta na lei sobre o que é “perigo do estado de liberdade”.

De acordo com o Dicionário Michaelis (2020) perigo significa algo “que pode causar prejuízo, perda, sofrimento; risco”.

Assim sendo, o perigo seria um risco, ou em outras palavras, uma possibilidade de ocorrência de um fato ensejador de potencial dano ou prejuízo.

Declara Beck (2010) que o risco é um produto do resultado da modernidade da sociedade, em decorrência da busca frenética pelo desenvolvimento e crescimento econômico, o que ele denomina de sociedade do risco. Ainda para o autor, ao mesmo tempo, a sociedade do risco é na verdade o modo como a sociedade se organiza frente aos riscos produzidos no processo. (BECK, 2010)

Em outro ponto, Beck conceitua sociedade de risco como “uma forma sistemática de lidar com perigos e inseguranças induzidas e introduzidas pela própria modernização” (BECK, 1997, p. 21). Na visão do teórico, o risco passou a ser fonte de lucro e elemento de manipulação política, ao invés de ser honestamente confrontado e mitigado. (BECK, 2010)

Fazendo uma correlação ao tema alvo deste trabalho, essa visão pode ser perfeitamente enxergada pela política judiciária penal brasileira. Para tanto, nota-se que há determinadas

condutas que possuem alta carga de reprovabilidade social, uma espécie de intolerância a atos que causam desordem e intranquilidade social. E é justamente nesse ponto que entra o direito processual penal, “servindo para proteger jurídico-penalmente bens que não podem ser protegidos de outra forma”. (ROXIN, 2006, p. 131)¹⁵

Nessa lógica, o legislador optou por trazer instrumentos cautelares com o fim de realizar um controle de riscos durante o processo penal, que, dentre outros, no caso dissertado neste trabalho é a manutenção da ordem pública.

No contexto do art. 312 do código de processo penal, a prisão preventiva, quando utilizada com o fim de garantir a ordem pública, deve estar consubstanciada na prevenção do perigo que o agente, em liberdade, representa à ordem pública.

Também denominado de *periculum libertatis*, “é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”. (LOPES JR, 2020, p. 990)

Indo nessa esteira, Renato Brasileiro (2020, p. 1063) ao analisar o Enunciado n° 34, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) explica que o *periculum libertatis* nada mais “é do que o perigo concreto que a manutenção da liberdade do suspeito acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou à ordem pública ou econômica”.

Como se pode ler, o perigo (pressuposto) se refere à uma ameaça, uma probabilidade de dano a um dos fundamentos que justificam a prisão preventiva. Isso quer dizer que o agente a ser custodiado deve possuir uma capacidade real e concreta de trazer perturbação à paz social.

Rogério Sanches (2020, p. 268) esclarece que a manutenção da paz social é um dever do Estado. Quando se verifica que o agente livre, com alta probabilidade de delinquir, possa acarretar ameaças concretas a essa tranquilidade social, poderá o juiz, representando o Estado, e acompanhado do devido conjunto probatório expresso, privá-lo da liberdade.

Nessa linha, Renato Brasileiro (2020, p. 1065) explica que “há, de fato, evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente já poderá ter cometido diversas infrações penais”.

¹⁵ Segundo Gustav Radbruch, “a evolução do direito penal iria “deixar para trás o próprio direito penal”, transformando-o num direito de ressocialização e tutela, que seria “melhor que o direito penal, mais inteligente e humano que o direito penal” (RADBRUCH, 1973, p. 265 apud ROXIN, 2006, p. 2)

Nessa acepção, o autor defende que ao mesmo tempo em que existe um *periculum libertatis*, também há um *periculum in mora*, pois se no perigo do estado de liberdade se busca evitar prematuramente o risco social causado pela liberdade do infrator, no perigo de demora se pretende evitar o risco social da morosidade processual. Ou seja, inevitavelmente o *periculum in mora* está atrelado ao *periculum libertatis*.

Tendo esse conceito em mente, percebe-se que é ilegal a prisão com fundamento na gravidade abstrata do crime imputado ao agente, devendo o magistrado expor quais as razões ligam a liberdade do imputado ao risco à ordem pública. Não são raras as ocasiões em que o perigo é indevidamente substituído pelo conceito de clamor público. Por exemplo, nos episódios onde o crime incorre em grande repercussão social, gerando um anseio na população por uma justiça imediata.

Sobre a temática, vale colacionar a brilhante lição de Eugênio Pacelli:

Há ainda entendimentos no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir unicamente da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações. Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão, é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se percebe, a questão é bastante complexa. (PACELLI, 2020, p. 692)

Lima (2020, p. 1065) dita que no caso em voga faz-se um juízo de periculosidade e não da culpabilidade do agente. Em outras palavras, na decretação da prisão preventiva, buscar-se-á elementos que comprovam o quão perigoso é o agente, e não elementos que reforcem sua culpa no processo.

Até por esse motivo a lei dispõe que o perigo deve ser verificado com base em fatos concretos, sendo vedado ao magistrado realizar um exame abstrato de periculosidade, com suposições ou projeções não apoiadas em provas. Nesse sentido, ensina Lima:

Portanto, de acordo com essa corrente, a prisão preventiva poderá ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública sempre que dados concretos – não se pode presumir a periculosidade do agente a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta – demonstrarem que, se o agente permanecer solto, voltará a delinquir. (LIMA, 2020, p. 1065)

Além disso, tampouco poderá o acusado ser preso preventivamente quando o seu estado de liberdade representa risco à própria vida. Por vezes, a gravidade e a repercussão social do crime geram indignações na população, que pode buscar a justiça por meio do “linchamento”.

Todavia, segregar o acusado em estabelecimento penal por prevenção à sua integridade física seria admitir que o Estado é ineficiente na segurança pública, o qual não consegue garantir a segurança dos acusados nos processos penais. Em igual sentido Lima ensina:

Lado outro, também não se pode dizer que o clamor público no sentido da população revoltar-se contra o suspeito e querer linchá-lo autorize a decretação de sua prisão preventiva. Ora, o Estado tem a obrigação de garantir a integridade física e mental do acusado. Segregá-lo, cautelarmente, a fim de assegurar sua integridade física e mental, significa o completo desvirtuamento da tutela cautelar, em evidente desvio de finalidade. Significa o reconhecimento da incompetência dos poderes constituídos, colocando sobre os ombros do suspeito todo o ônus da desídia do Estado em manter a ordem e a paz no seio da sociedade. (LIMA, 2020, p. 1067)

À vista disso, não faz qualquer sentido se utilizar de um instrumento processual cautelar como substituição a um dever de proteção ao acusado, pois se figuraria um claro desvio de finalidade, além de flagrante ilegalidade. Portanto, o risco de “linchamento” do acusado não se adequa ao conceito do *periculum libertatis*.

Ato contínuo, há autores que também defendem a prisão preventiva sustentando que em alguns casos o perigo de liberdade do agente poderia trazer descredibilidade ao Poder Judiciário.

Dentre os adeptos, Capez (2009, p. 279) afirma que “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”.

No âmbito dos tribunais superiores, há julgados nesse sentido, como o Habeas Corpus 120.167-PR, relatado no Informativo nº 397, do STJ (2009, p. 18):

PRISÃO PREVENTIVA. ACIDENTE. TRÂNSITO.

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de motorista que foi preso em flagrante e denunciado pela prática da conduta descrita no art. 121, caput, por quatro vezes, e § 4º, parte final, e art. 70, ambos do CP, por ter provocado acidente de trânsito que ocasionou a morte de cinco pessoas de uma mesma família, quando dirigia um caminhão sob influência de álcool e sem habilitação.

A Turma conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, denegou a ordem por entender que, quanto à tese de baixa concentração de álcool na corrente sanguínea do paciente e à falta de calibragem do bafômetro, seria necessário o exame do conjunto probatório, o que é incompatível com o rito célere e cognição sumária do presente writ.

Ademais, a prisão preventiva não se ressent de fundamentação, mas está respaldada em justificativas idôneas e suficientes à manutenção da segregação provisória, pois presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP.

A garantia da ordem pública não se restringe às medidas preventivas para evitar conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência. HC 120.167-PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/6/2009. (GRIFO NOSSO)

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou essa corrente:

HABEAS CORPUS. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA CAUTELAR LASTREADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL (CPP, ART. 312). EXCESSO DE PRAZO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA. PROCESSO COMPLEXO. ORDEM INDEFERIDA.

1. Crimes dos arts. 12 c/c 18, I, e 14, da Lei nº 6.368/1976 e 304 do Código Penal. A impetração alega: i) ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva; e ii) excesso de prazo na instrução criminal.

2. Na espécie, a decretação da preventiva lastreou-se nos fundamentos da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP.

3. Quanto ao requisito da garantia da ordem pública, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, destaco as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos; ii) o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que tal objetivo esteja lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e **iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar.**

Precedentes: HC nº 82.149/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 13.12.2002; HC nº 82.684/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º.08.2003; HC nº 83.157/MT, Pleno, unânime, rel. Min. Março Aurélio, DJ de 05.09.2003; e HC nº 84.680/PA, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 15.04.2005.

(STF - HC: 89090 GO, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/11/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00038 EMENTA VOL-02292-02 PP-00430) (Grifo Nosso)

No entanto, tal razão não vai ao encontro da finalidade teleológica do art. 312, pois se desvirtua completamente do fim processual da prisão preventiva, a de proteger o processo.

Em verdade, prender um indivíduo para garantir a credibilidade da justiça, é imputar ao acusado o ônus da ineficiência estatal na condução do processo penal. Em termos práticos, o Estado pune enquanto deveria proteger.

Não se vislumbra qualquer risco à ordem pública nesse caso, configurando um claro desvio de finalidade, porquanto não é a prisão preventiva que preservará a confiança e crédito nas instituições judiciárias, e sim, o aperfeiçoamento e adoção de melhores das políticas públicas, bem como a gestão eficiente do sistema penal brasileiro.

Nessa toada, Aury Lopes Júnior reforça:

Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. (LOPES JR., 2020, p. 991)

Portanto, a medida em voga, é flagrantemente inconstitucional, visto que é admitir a omissão do sistema judiciário, além de clarificar ser uma hipótese de prisão fora do Código de Processo Penal.

Noutro giro, a doutrina e a jurisprudência, antes mesmo da entrada em vigor do Pacote Anticrime, já defendia que esse perigo deve ser atual e iminente, sustentado em fatos novos ou contemporâneos. Nesse contexto, a Lei nº 13.964/2019 apenas tratou de normatizar o entendimento pacificado nos tribunais superiores. A exemplo, esse julgado de 2016 do STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE ATUALIDADE E DE CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS. FALTA DO PERICULUM IN MORA.

1. Consoante dispõe a reiterada jurisprudência desta Corte, o descumprimento de medida protetiva, estabelecida com fundamento na Lei nº 11.340/2006, não configura o crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, mas pode servir de fundamento para o decreto de prisão preventiva do agente.
2. Mesmo que não haja prazo de duração para as medidas protetivas de urgência, diante do efetivo descumprimento de qualquer uma delas, a prisão com base nessa motivação há de guardar atualidade e contemporaneidade com os fatos justificadores da extrema cautela.
3. No caso, o recorrente foi intimado das medidas protetivas em 12/8/2014, no dia seguinte houve o registro de ocorrência narrando fatos consistentes em ameaça de morte a sua ex-companheira, mas a prisão foi decretada quase um ano depois, em 30/6/2015, sem nenhuma referência a outro evento ocorrido nesse intervalo. Nesse contexto, o periculum in mora ficou totalmente descaracterizado, desautorizando o decreto de prisão.
4. Recurso provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, se por outro motivo não estiver preso e com a advertência de que ele deve observar as

medidas protetivas já aplicadas e em vigor em relação à sua ex-companheira. (STJ, 6ª Turma, RHC 67.534/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

Por essa razão, é ilegal a prisão preventiva com base em perigo exaurido, pretérito, amparado em fatos passados, que já não subsiste o *periculum libertatis*. Nestes casos, por mais sério que seja o crime, o magistrado jamais poderá decretar a prisão preventiva traçada na “garantia da ordem pública muito tempo após o fato ou o conhecimento da autoria, salvo a superveniência de fatos novos a ele relacionado”. (CAPEZ, 2017, p. 459)

Acerca do chamado princípio da atualidade do perigo, Renato Brasileiro (2020, p.1063) exprime que:

Para fins de decretação de toda e qualquer medida cautelar, esse *periculum libertatis* que a justifica deve ser atual, presente. Afinal, as medidas cautelares são ‘situacionais’, ‘provisionais’, tutelam uma situação fática presente, um risco atual. É dizer, não se admite a decretação de uma medida cautelar para tutelar fatos pretéritos, que não necessariamente ainda se fazem presentes por ocasião da decisão judicial em questão.

À esteira desse princípio, considerando que o acusado deve ser preso apenas de forma excepcional para proteção à ordem pública, não faria sentido usar a medida cautelar sem ao menos avaliar novamente os fatos e concluir, fundamentadamente, que o agente ainda apresenta perigo.

3.2 A garantia da ordem pública e a maior rigidez na fundamentação das decisões de prisão preventiva

Outra alteração relevante trazida pelo Pacote Anticrime que afetou a prisão preventiva foi a inserção do parágrafo 2º, exigindo uma fundamentação mais robusta e sólida.

Nessa esteira, foi incluído também o parágrafo 1º no art. 315, do Código de Processo Penal, com redação praticamente igual ao do parágrafo 2º do mesmo dispositivo: “§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Em continuidade, com o fim de tornar mais claras as motivações sobre prisão preventiva, o legislador inseriu o parágrafo 2º, delimitando o que se considera uma decisão judicial fundamentada e motivada:

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Os dispositivos legais são uma redação *ipsis literis* do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

Percebe-se, pois, que o objetivo dos congressistas era de buscar reduzir a subjetividade e os demasiados casos de fundamentos vagos da prisão preventiva. Isso deu maior oportunidade de exercício do direito de ampla defesa aos acusados, os quais agora podem contestar ponto-a-ponto a decisão que os mantém presos.

Nessa acepção, Lima argumenta sobre a importância da motivação nos processos judiciais:

Funciona, assim, a motivação dos atos jurisdicionais, verdadeira garantia processual de segundo grau, como importante forma de controle das partes sobre a atividade intelectual do juiz, a fim de que possam verificar se este levou em consideração todos os argumentos e provas produzidas pelas partes, e se teria aplicado de maneira correta o direito objetivo ao caso concreto. (LIMA, 2020, p. 1094)

Tomando a hipótese do inciso II, por exemplo, não pode simplesmente o magistrado indicar a manutenção da garantia da ordem e o perigo do estado de liberdade do agente como fundamentos idôneos da prisão, sem apontar concretamente os riscos que o agente poderá causar.

Rogério Sanches (2020, p. 271) retrata que é necessário “que se demonstre o risco que correrá a sociedade, a inquietude por ela vivenciada, na manutenção da liberdade de um pretendo criminoso ante a possibilidade de ele voltar a delinquir”.

Renato Brasileiro (2020, p. 1095) discorre que, a partir de uma interpretação sistemática das mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime, com o fim de se evitar a nulidade de decisões consideradas carentes de fundamentação, seria possível afirmar que além do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, uma decisão de prisão preventiva, deverá conter obrigatoriamente a justificativa expressa acerca da atualidade do *periculum libertatis*.

Além disso, o autor enuncia a necessidade de fatos novos ou contemporâneos às hipóteses de admissão da prisão preventiva com fundamento na ordem pública:

Se ao magistrado se impõe o dever de apontar elementos concretos que confirmem a necessidade da segregação cautelar do acusado, também se lhe impõe o dever de moderação de linguagem. Ao exteriorizar seu convencimento no momento da fundamentação, a utilização de linguagem sóbria por parte do magistrado serve, assim, para demonstrar que não está havendo um julgamento antecipado do acusado.

Esse dever de fundamentar a decisão que decreta a prisão preventiva é do juiz natural, geralmente de um juiz de 1ª instância. Assim, o Tribunal terá competência para decretá-la em nível de segundo grau de jurisdição apenas diante de recurso interposto pela acusação contra a decisão que indeferiu a prisão preventiva (CPP, art. 581, V). (LIMA, 2020, p. 1095)

Da ideia do jurista extrai-se que, para fundamentar a prisão do acusado ao indicar a garantia da ordem pública, o magistrado terá que se pronunciar sobre quais são os fatos novos ou contemporâneos que demonstram que o agente representa um risco, especificar quais são os riscos, bem como porque outras medidas cautelares diversas da prisão não serão suficientes para cessar esses riscos.

Reforçando essa asserção, Sanches (2020, p.271) justifica:

Ao contrário, devem ser considerados, mas a partir de fundamentos precisos, extraídos da análise do caso concreto, e não buscados em afirmações genéricas, em frases feitas, de cunho abstrato, incompatíveis com a excepcionalidade que marca a prisão preventiva.

O professor ainda ensina e ressalta que deve se ter em mente que a prisão se configura no direito penal brasileiro como a última *ratio* (última medida), e por isso, tem de se proceder uma análise fundamentada, abstendo-se de retóricas vazias, e considerando a necessidade da medida de exceção. (CUNHA, 2020, p. 272).

CONCLUSÃO

Por todo o escrito acima, procurou-se investigar o sentido teleológico da prisão preventiva, bem como expor, por meio de dados e casos judiciais, o real retrato de sua aplicação no sistema criminal brasileiro, revelando uma clara dissonância de finalidades.

Nesse ínterim, fora efetuado um breve histórico da prisão preventiva no direito brasileiro, desde sua previsão no Código de Processo Criminal de 1841 até o atual CPP. Em seguida, realizou-se uma pesquisa para averiguar a legitimidade da prisão preventiva pautada na ordem pública. Na pesquisa, constatou-se que a doutrina e a jurisprudência não são unânimes para descrever um conceito claro de garantia da ordem pública, deixando sempre para a análise de verificação caso a caso. E é justo essa subjetividade que traz a pluralidade de interpretações, sobretudo nos juízos de 1º e 2º graus.

Além disto, notou-se que os tribunais superiores firmaram jurisprudência entendendo que a gravidade concreta do delito, a periculosidade constatada em fatos, e o risco de reiteração delitiva são fundamentos idôneos de dano à ordem pública. Assim como compreenderam que a comoção social, a proteção do próprio acusado, e a probabilidade de desprestígio ao poder judiciário não são motivações razoáveis de desordem pública afim de legitimar a prisão preventiva.

Por fim, mostrou-se a visão dos juristas e dos magistrados sobre a avaliação do risco do estado de liberdade do agente e a necessidade da subsunção da demonstração de perigo aos fatos contidos nos autos, que, como foi dissertado, devem ser atuais ou contemporâneos. Contudo, o retrato da jurisprudência mostra que ainda há muitas hipóteses a serem consolidadas, e que até lá, ficarão à margem da livre interpretação dos juízos de 1º e 2º graus.

É evidente no direito processual penal que a justiça somente pode ser efetivada por meio do processo, em que se garanta rigorosamente o cumprimento de todos os ritos legais, com o fim de que não haja mácula à transparência, à legalidade, e sobretudo, à imparcialidade. Dessa forma, vislumbra-se a prisão preventiva, dentro de sua função cautelar, como um instrumento fundamental para a proteção e integridade do processo, assumindo um papel de fator regulador da segurança jurídica.

Todavia, como pôde ser visto, o desvirtuamento desse instrumento vem causando justamente o contrário, viciando e desestabilizando o processo penal. Os dados sobre o sistema carcerário brasileiro apontados vão ao encontro da afirmação acima. A alta incidência de prisões preventivas, junto ao longo tempo médio de prisão, indica que o judiciário brasileiro utiliza a

prisão cautelar como uma solução paliativa à mora processual, a fim de dar resposta à sociedade.

Por fim, concluo que o legislador procurou positivizar algumas posições já consagradas na jurisprudência, por meio da Lei nº 13.964/2019, entretanto, não tratou de eliminar a vagueza do termo “risco à ordem pública”, fato que ainda gera insegurança jurídica no ordenamento brasileiro, porquanto continua a permitir que a prisão preventiva assuma a função indevida de condenação antecipada e a admitir o desrespeito à garantia constitucional da liberdade.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**: modificações da Lei n° 6.416, de 24 de maio de 1977. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BECK, Ulrich. **A reinvenção da política**: rumo a uma nova teoria da modernização reflexiva. In: *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 10.372, de 06 de junho de 2018**, Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 819, de 19 de fevereiro de 2019**, Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei n° 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei n° 12.037, de 1° de outubro de 2009, a Lei n° 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei n° 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais/>. Acesso em 23 mar. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2005.
- BRASIL. **Lei n° 13.964/2019, de 26 de dezembro de 2019**. Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar o crime de incitação ao suicídio e incluir as condutas de induzir ou instigar a automutilação, bem como a de prestar auxílio a quem a

pratique. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13968.htm. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal, 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 288.589/SP**, Sexta Turma, Rel. Sebastião Reis Júnior, DJe de 25/04/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400318203&dt_publicacao=25/04/2014. Acesso em 24 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 493.463/PR 2019/0042911-4**, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 11/06/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%282019%2F0042911-4%29+E+%2215706+92379246%22.COD.&thesaurus=&p=false>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 316.708/SP**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015) Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500338464.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 573.301/RJ**, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 03/06/2020, T5 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 04/08/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000871296&dt_publicacao=04/08/2020. Acesso em 25 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 397**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/4447/4656>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 55.070/MS**, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 25/03/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403360729&dt_publicacao=25/03/2015. Acesso em 24 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 192369 ED**. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. Alexandre De Moraes. Julgamento: 16/11/2020. Publicação: 25/11/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&julgamento_data=01012016-01122020&page=1&pageSize=250&queryString=%22Pris%C3%A3o%20preventiva%22%20

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 53.944/PA**, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403109484&dt_publicacao=19/03/2015. Acesso em 13 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 67.534/RJ**, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861716554/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-67534-rj-2016-0022321-2/inteiro-teor-861716640?ref=juris-tabs>. Acesso em 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 137.027**, São Paulo, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 25/04/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12850525>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 89.090/GO**, Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21/11/2006. Data de Publicação: DJ 05/10/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2939364/habeas-corpus-hc-89090-go>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRUNO, Aníbal. Teoria da perigosidade criminal. **Revista dos Tribunais** – Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 3, p. 37 – 71, out. 2010.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CARTA CAPITAL. **Ex-Presidente do Paraguai e “doleiro dos doleiros” viram réus no Rio**. São Paulo, 10 de janeiro de 2020. Justiça. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/ex-presidente-do-paraguai-e-doleiro-dos-doleiros-viram-reus-no-rio/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

CARVALHO, SALO de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo penal: comentários consolidados e críticas jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo. Saraiva 2014.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime - lei 13.964/2019: comentário às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: JusPodivm, 2020.

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

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luis Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009 (292 páginas)

GAROFALO, Raffaella. **La Criminologie étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité**. 10 ed. Paris: Félix Alcan, 1885.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: Atualização – março de 2020**. Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjZjLiwiZCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 23 mar. 2021.

KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 2, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei nº 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MECLER, Kátia. Periculosidade: evolução e aplicação do conceito. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, São Paulo, 20 (1), 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de processo penal e execução penal**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Revista, atualizada e reformulada, 2020.

OLIVEIRA, André de França. **Prisão preventiva: o verdadeiro espírito da ordem pública**. Derecho y Cambio Social.: Lima, Perú n°37, 2014. Disponível em: https://www.derechocambiosocial.com/revista037/PRISAO_PREVENTIVA.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão preventiva e liberdade provisória**. São Paulo: Atlas, 2013.

PERIGO. *In*: MICHAELIS, **Dicionário Online de Português**. Brasília: UOL, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/perigo>. Acesso em: 10 mar. 2021.

QUEIROZ & FEFERBAUM, **Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: https://www.idp.edu.br/wp-content/uploads/2018/04/CAP_7_Metodologia_Juridica.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021

RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 8. ed. 1973.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, 2006, p. 2. Disponível em: <http://arquimedes.adv.br/livros100/Estudos%20de%20Direito%20Penal%20-%20Claus%20Roxin.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirantlo Blanch, 2003.

SANGUINÉ, Odone. **Prisões cautelares, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/Win/Downloads/000407086-Texto+Completo-0.pdf>. Acesso em 29 set. 2020.