

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MONTES CLAROS - UNIMONTES
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
CURSO DE DIREITO

ACADÊMICO: ADRIANO SOUZA DOURADO

**O CONCEITO DEMOCRÁTICO DE “ORDEM PÚBLICA” COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

MONTES CLAROS – MG
ABRIL / 2012

Adriano Souza Dourado

**O CONCEITO DEMOCRÁTICO DE “ORDEM PÚBLICA” COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

**Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade Estadual de Montes Claros como
exigência para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Victor Marcondes de
Albuquerque Lima.**

**Montes Claros – MG
Abril / 2012**

Adriano Souza Dourado

**O CONCEITO DEMOCRÁTICO DE “ORDEM PÚBLICA” COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

**Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade Estadual de Montes Claros como
exigência para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.**

ORIENTADOR: PROF. VICTOR MARCONDES DE ALBUQUERQUE LIMA.

Membros:

Professor (a)

Professor (a)

**Montes Claros – MG
Abril / 2012**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos Professores que realmente sabem transmitir conhecimento.

EPÍGRAFE

Os homens em geral formam suas opiniões guiando-se antes pela vista do que pelo tato, pois todos sabem ver, mas poucos sentir. Cada qual vê o que parecemos ser, poucos sentem o que realmente somos. (Maquiavel)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar as interpretações e conceitos dados tanto pela doutrina, tanto pela jurisprudência à expressão “ordem pública”, haja vista que o dispositivo legal em que está inserida não traz qualquer tipo de definição. A falta de conceituação abriu margem para decretação de inúmeras prisões ilegais, ferindo desta forma o Estado Democrático de Direito e diversos princípios constitucionais. É preciso estabelecer a extensão cognitiva das interpretações acerca da expressão e restringir a aplicação monocrática de conceitos dados pelos juízes de primeiro grau. O tema encontra vasta doutrina que expõe diferentes pontos de vista sobre o tema, embora haja em alguns casos convergências de ideias, mas que analisadas em conjunto, podem-se obter um conceito fidedigno com o momento histórico da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Ordem Pública. Conceito. Jurisprudência. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The main goal of this research is to analyze the several interpretations and concepts that are given by the doctrine and the jurisprudence to the expression “the public order”, since the legal code where it’s inserted doesn’t bring any kind of definition. The lack of a proper concept has brought the possibility of the declaration of several illegal detentions, which is a violation to the Democratic State of Law and most constitutional principles. It’s important to establish the limits for the understanding of the interpretations regarding the expression and to restrict the application of concepts given by first-degree judges. The doctrine regarding the mentioned subject is extensive and brings different points of view about it, although there are some controversial ideas that, analyzed as a whole, bring a reliable concept, considering the present historic moment lived at the Brazilian society.

Key words: *Public Order. Concept. Jurisprudence. Democratic State of Law.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O MODELO GARANTISTA DE PROCESSO PENAL.....	09
1.1 O Estado democrático de Direito no Brasil.....	09
1.2 O Garantismo Penal e sua adequação ao modelo do Estado Brasileiro.....	12
CAPÍTULO II A CAUTELARIDADE APLICADA AO PROCESSO PENAL.....	17
2.1 A Teoria da Cautelaridade e o Processo Penal.....	17
2.2 As Prisões Cautelares No Ordenamento Pátrio: Delineamento.....	23
CAPÍTULO III A PRISÃO PREVENTIVA EMBASADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – SUA APLICAÇÃO ADEQUADA AO MODELO DEMOCRÁTICO.....	30
3.1 A Prisão Preventiva por Garantia da Ordem Pública e seus contornos Jurisprudenciais: O STF, STJ, TJMG e o TRF1.....	30
3.2 O Conceito de Ordem Pública na Doutrina Pátria.....	37
3.3 A Prisão Preventiva por Garantia da Ordem Pública e sua interpretação conceitual adequada ao modelo Democrático de Direito de Estado.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

A presente obra monográfica traz uma discussão sobre até onde se estende o conceito de ordem pública, no sentido de justificar o fundamento da prisão preventiva. A lei processual penal é taxativa ao elencar as hipóteses de decretação da referida prisão, entretanto, não aponta interpretação ou definição do que seria “ordem pública”.

As expressões contidas no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP) são um bom exemplo da vacância conceitual, pois torna-se possível a prisão das pessoas que pratiquem atos que atentem ao disposto no referido artigo, sem terem uma correta identificação dos motivos determinantes.

A jurisprudência e a doutrina buscam elencar hipóteses em que os agentes infringiriam a ordem pública, valendo-se para tal da análise do caso concreto, em particular do *modus operandi* e periculosidade do agente, além de adequar as decisões com a repercussão social das mesmas no seio das comunidades. Indivíduos potencialmente perigosos e tendentes ao cometimento de mais crimes se tornam uma ameaça a coletividade e provocam instabilidade na confiança no sistema judiciário e na aplicação da justiça por parte das pessoas de bem, o que pesa na hora de decidir pela prisão cautelar.

Os princípios constitucionais são orientadores de todo o sistema jurídico brasileiro, devendo ser respeitado e observado quando da elaboração das demais leis. Hodiernamente, o modelo de Estado Democrático de Direito e a doutrina garantista abraçada pelo Brasil visa à aplicação da justiça pautada na ordem jurídico-positiva e na correta aplicação das leis penais.

Portanto, as prisões cautelares tornam-se a exceção da exceção frente ao que prega a principiologia constitucionalista. Muitos dos conceitos adotados pela doutrina penal acabam sendo relativizados, como os princípios da liberdade dos indivíduos, devido processo legal e ampla defesa, tendo como corolário a correta intervenção Estatal nas relações humanas representadas pela equidade na resposta jurisdicional. Além de a liberdade consistir na regra imperiosa, não se pode condenar uma pessoa sem que não se tenha promovido o devido processo legal e propiciado ao mesmo todos os mecanismos de provar sua inocência.

CAPÍTULO I O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O MODELO GARANTISTA DE PROCESSO PENAL

1.1 O Estado democrático de Direito no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), por ser resultado e ter positivado os anseios de uma sociedade pós-ditadura militar, trouxe em seu bojo diversos princípios e normas que visam dar maior segurança jurídica aos cidadãos. Tomadas como inspiração as revoluções francesa de 1791 e americana de 1787 após a Independência das 13 Colônias, a CF/88 consagrou o modelo de Estado Democrático de Direito no seu artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A expressão “Estado Democrático de Direito” é um tanto quanto complexa para uma análise simplista, sendo que para uma melhor compreensão, os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático precisam ser analisados inicialmente.

O Estado de Direito ou *Rechtsstaat* tem origem alemã, datado na metade do século XIX, tempo em que existiam monarquias regidas pelo autoritarismo sem limites, marcadas pelo desrespeito a leis e ao ser humano. Fatores como ascensão da burguesia como classe, incremento de uma teoria dos direitos humanos e a noção de imposição da supremacia legal sobre a administração fizeram com que o Estado passasse a ser limitado pelas leis, ou seja, pelo Direito. Os possuidores do poder passam a ter seus atos limitados por princípios como o da legalidade, liberdade e igualdade individuais.

Na visão de Alexandre de Moraes (2008, p. 5):

O *Estado de Direito* caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação dos poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo. Assim, existirá o *Estado de Direito* onde houver a supremacia da legalidade, ou para o direito inglês a *The Rule of Law*, para o direito francês o *État Legal*, para o direito alemão o *Rechtsstaat*, ou ainda, o *always under Law* do direito norte-americano.

Modificações históricas fizeram com que Estado de Direito deixasse de ser conhecido como “Estado da razão” para ser designado “Estado Liberal de Direito”. Na precisa anotação do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 96-97):

Esta palavra – *Rechtsstaat* –, isto é, Estado de direito, aparece no início do século XIX como uma dimensão da discutida “via especial” do constitucionalismo alemão. Pretendia-se com isso significar que o constitucionalismo alemão se situava entre as propostas constitucionais do chamado “constitucionalismo da restauração” (paradigma: Carta Constitucional de Luis XVIII, de 1812) com o seu princípio estruturante – o princípio monárquico – e o “constitucionalismo da revolução” com o seu princípio, também estruturante, da soberania nacional (ou popular). Inicialmente, o Estado de direito começou por ser caracterizado, em termos muitos abstratos, como “Estado da razão”, “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de direito é um Estado liberal de direito. Contra a idéia de um Estado de Polícia que tudo regula e que assume como tarefa própria a persecução da “felicidade dos súditos”, o Estado de direito é um Estado Liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança pública (“Estado polícia”, “Estado gendarme”, “Estado guarda noturno”), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais – liberdade e propriedade (*Freiheit und Eigentum*) – só pudessem sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular (*doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva de lei*).

O Estado de Direito pode ser assim definido como aquele no qual o Estado se submete a um regime de direito, onde suas atividades são regidas por um conjunto de regras de natureza diversa, umas designadas a preservar a liberdade dos indivíduos, outras estabelecendo previamente as vias e meios que podem ser empregados para a realização dos fins do Estado (NASCIMENTO, 2007).

Com o avanço da estruturação do Estado de Direito, o poder que estava na mão de cada cidadão, necessitaria que fosse limitado e transferido para a administração daqueles que seriam denominados representantes populares. Com isso, se evitaria que houvesse milhões de “monarcas” convivendo e subjugando os direitos de seus vizinhos. Como lembra Moraes (2008), a defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder.

A adoção de um Estado que seja também democrático era extremamente necessário. Na definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004), a democracia é uma “doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição equitativa do poder, (...) pela divisão dos poderes e pelo controle da autoridade”.

O mestre constitucionalista Canotilho (1998), nas suas brilhantes palavras, afirma que o Estado Democrático é “mais” do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder; foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder. Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimação do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação do sistema jurídico; (2) outra é a da legitimação de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado “impolítico” do Estado de Direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de Direito” e o “Estado Democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito Democrático.

A expressão Estado Democrático de Direito vai além do somatório do que seria Estado de Direito e Estado Democrático. Originado no século XVIII, implicou na afirmação e proteção de valores fundamentais da pessoa humana, tendo em vista o arranjo político e funcionamento do Estado. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2005, p.147): “O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana”.

Na precisa lição de José Afonso da Silva (2005, p.118):

Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

Logo, o conceito formal de Estado Democrático de Direito implica em um aparelho jurídico e constitucional eficaz e no conceito material que envolve a consecução da Justiça e da ordem jurídico-positiva.

Estes conceitos foram aplicados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, baseando o Estado no princípio da legalidade material (art. 5, II) na medida em que está voltado para a realização de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I); garantindo o desenvolvimento nacional (art. 3, II); erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art.3º, III) e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), constituindo-se, enfim, em democrático quando preceitua no parágrafo único do art. 1º que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (DOURADO; ROCHA; FREITAS, 2011).

1.2 O Garantismo Penal e sua adequação ao modelo do Estado Brasileiro

O garantismo penal, termo criado por Luigi Ferrajoli, é a mais recente doutrina criminológica, preconizando uma adequação do Direito Penal aos princípios constitucionais, fazendo com que todos os indivíduos que se encontrem processados ou condenados, tenham o poder punitivo do Estado diminuído, adequando quanto à sociedade a aplicação de um Estado Constitucional de Direito.

Na sua obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli estabelece os alicerces conceituais e metodológicas do que foi chamado de garantismo penal. Desta forma o conceito de Garantismo é constituído de três acepções: um modelo normativo de Direito, uma abordagem filosófica do Direito e uma teoria jurídica das normas.

O modelo normativo de Direito, é próprio do Estado de Direito voltado para um modelo de estrita legalidade. No campo epistemológico, se apresenta como um sistema

cognoscivo ou de poder mínimo, o direito e o estado devem embasar-se em uma carga de justificação externa, ou seja, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio de garantia dos direitos fundamentais; e no plano jurídico, como um sistema de limites impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos do cidadão, buscando mensurar a validade e efetividade das normas que compõe o ordenamento.

Neste sentido, o Garantismo é distinguido em graus aferidos entre as determinações do modelo constitucional e o funcionamento prático do sistema - quanto mais observadas as disposições constitucionais pelo sistema infraconstitucional, maior o grau de Garantismo. Uma dada Constituição pode ser avançadíssima principiologicamente, mas carecedora de técnicas coercitivas, ou com práticas infraconstitucionais em desacordo, conforme ensinamento de Ferrajoli (NASCIMENTO, 2002).

A idealização do Garantismo teve suas origens na vertente penal, contudo, percebe-se que os pressupostos estabelecidos podem servir de subsídios para uma teoria geral do Garantismo, que se aplique, pois, a todo o direito e a seus respectivos ramos.

Assim, a título de exemplificação, alcançam o Direito do Trabalho, no tocante à proteção dos interesses fundamentais, chamados aqui de direitos de segunda geração ou direitos sociais, mas que são tão importantes quantos os demais. Na esfera do Direito Civil, temos a proteção dos direitos de personalidade, onde o cidadão não tem a livre disposição dos mesmos, embora o Estado vise a sua proteção e inviolabilidade frente aos demais adotando normatizações que acompanham a evolução histórica da sociedade.

O Garantismo, aplicado na seara penal, é um modelo penal que tem por objetivo fortalecer o direito penal mínimo, deslegitimando qualquer modelo de controle social que coloque a “defesa social” acima dos direitos e das garantias individuais. A recente história democrática brasileira teve como fator impulsionador a ditadura militar, onde usavam do pretexto de “defesa social” para acobertar interesses escusos que desvirtuavam a finalidade constitucionalista. Referentemente aos direitos fundamentais, entendidos como direitos humanos constitucionalizados, estes ganham o posto de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Ao Estado é dado o poder de criar normas para tutelar os direitos dos cidadãos, mas mesmo ele que segundo a dogmática tradicional tem plenos poderes de criação, sofre uma limitação garantista. Dessa forma, mesmo tendo o poder de punir, o Estado deve respeitar o sistema de garantias que devem ser por ele efetivados. O Garantismo se vincula, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal (STIPP, 2006). Não se pode pensar que o Positivismo Jurídico

é sinônimo de Garantismo, embora seja de suma importância a criação de normas que regulamentem o convívio social, senão seria impossível manter a ordem e a coesão. Para tal, não é preciso que o Estado se mostre o poderoso, o soberano, impondo-se sobre os súditos a todo o momento e por tudo.

Como ensinava Beccaria (1738-94), o que faz a diminuição da criminalidade é a certeza da punição e não o excesso de rigor das penas, tampouco o Estado máximo. O Direito Penal deve ser usado como última *ratio*.

As garantias são as armas jurídicas capazes de proteger os cidadãos que abrem mão de parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que ele lhes propicie segurança, saúde, trabalho, etc.. Para estarem seguras da realização desse desiderato por parte do Estado, as constituições do Estado de Direito preveem instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos ao poder estatal, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças (STIPP, 2006).

Entretanto, a confusão entre o abolicionismo e o Garantismo tornou-se corriqueiro entre juristas, pois aquele remete a auto-organização natural e selvagem do homem, regido pela lei do mais forte enquanto este propõe uma mitigação do Estado Liberal que age com exagero no direito de punir. Pode-se inferir, portanto, que o Garantismo é um meio termo entre o Abolicionismo Penal e o Estado Liberal.

Não basta apenas instituir garantias e proporcionar um Estado mais moderno e conciso do ponto de vista formal e material para os condenados sem que se observe o que acontece depois que forem cumpridas suas penas. A falta de interesse dos legisladores conserva um comodismo irracional, pois busca-se a resposta estatal imediata à perturbação social com a reclusão do cidadão, enquanto os motivos que o levaram a delinquir nem são analisados. Assim, depois que saem da cadeia, alguns mais revoltados e perigosos – pois existem delinquentes de várias espécies misturados, o que leva, por exemplo, um estelionatário a se tornar assassino – outros mais esperançosos de recomeçar a vida, esbarram na falta de oportunidades tanto de particulares, quanto por parte do Estado. Forma-se um ciclo, cujo fim é a morte e, ideias modernas, porém isoladas, não são capazes de modificar todo um sistema comodista.

O conceito de Direito muitas vezes não anda junto com o de Justiça. Assim, uma sentença penal condenatória pode estar de acordo com o Direito, porém não estar com o de Justiça. Este tipo de diferença causa insegurança social sobre qual a real função do juiz, pois se fosse apenas para aplicar a lei, sua figura seria apenas simbólica.

Ainda sobre a divergência entre direito e justiça, observa-se os ensinamentos de Luigi Ferrajoli (2006, p. 338) sobre o grau de justiça:

Podemos chamar de justiça interna (ou legal) à correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento: das leis em relação à Constituição e das sentenças em relação às leis; e podemos chamar de justiça externa à correspondência entre validade e justiça, quer dizer, à adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos. Devido ao caráter estrutural de ambas as divergências, caberia falar, obviamente, apenas de graus de justiça tanto externa quanto interna. O grau de justiça externa se mede pela quantidade e qualidade dos princípios de justiça incorporados limitativamente nos níveis normativos mais altos do ordenamento; o grau de justiça interna depende da quantidade e qualidade das garantias das quais esteja dotado o ordenamento, ou seja, das técnicas institucionais capazes de assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade dos princípios incorporados.

A Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli busca conjugar o aspecto normativista e o realista. A normatização se manifesta em um direito válido, expresso no texto constitucional e despido de vícios formais, equivalente à normatividade, onde todos podem ter acesso ao seu conteúdo e a possibilidade de aplicar a norma. O aspecto realista se traduz em um direito efetivo que são as práticas concretas dos operadores, ou seja, a norma sai do campo da abstração e generalidade para entrar na seara da concreticidade e particularidade. Há de se observar que não raro ocorre uma certa divergência entre os modelos normativos, de tendências garantistas que, contudo, na prática, se mostram válidos, mas inefetivos.

O Brasil adotou o sistema de legalização máxima, onde procurou, desde a adoção de uma Constituição analítica - ou seja, abrangendo questões que poderiam ser objeto de leis ordinárias - abarcar todas as tutelas fundamentais possíveis. A atual CF/88 conta com duzentos e cinquenta dispositivos em sua parte permanente e quase uma centena nas disposições transitórias, subdivididos em inúmeros parágrafos, incisos e alíneas. Isso sem mencionar artigos que constam somente do corpo das emendas constitucionais e os que foram acrescentados com a utilização do mesmo número, mas seguidos de letras maiúsculas em ordem alfabética.

Em uma breve exposição de Direito Comparado, a Constituição americana conta com 34 artigos e 27 emendas em 217 anos de vida, limitando-se a descrever as linhas gerais do funcionamento do Estado e dos direitos dos cidadãos. Note-se que embora contenha poucos artigos e cada estado ter leis próprias – assim como cada estado brasileiro possui constituições próprias – a maioria das normas americanas existentes são dotadas do aspecto realista (FERRAJOLI, 2006).

O Brasil parece caminhar a passos lentos quanto à aplicação dos ideais garantistas, embora o pouco avanço obtido já apresenta significativas melhoras quanto à correspondência das leis infra constitucionais e a Constituição. A recente alteração do CPP demonstra isso, onde determinou que as pessoas sub *judice* somente poderão sofrer limitação em sua liberdade em último caso, atendendo assim ao princípio constitucional da presunção de inocência do cidadão.

CAPÍTULO II A CAUTELARIDADE APLICADA AO PROCESSO PENAL

2.1 A Teoria da Cautelaridade e o Processo Penal

O Processo Penal, tal qual um verdadeiro processo, é revestido de uma série de procedimentos que buscam realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi produzido (pacificação dos conflitos sociais). Deste feito, de forma minimalista, a atual sistemática procedimental do processo penal se subdivide em: Inquérito Policial, Ação Penal, Medidas Cautelares, Citações e Intimações e a Sentença. Percebe-se, pois, que existem muitas etapas e certo lapso temporal entre o fato típico e a efetiva prestação da tutela jurisdicional traduzida em uma sentença, destarte o tempo depreendido para a investigação e apuração.

A materialidade de alguns delitos desaparece em questão de dias e a participação do suspeito tanto nas etapas investigatórias do inquérito policial tanto na instrução criminal é essencial em determinados delitos. Diante disso, o legislador pátrio criou mecanismos que assegurem o mínimo de perda dos elementos probatórios ou que garantam a reparação do dano, quais sejam: medidas assecuratórias, prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e as medidas cautelares.

No processo penal, os estudos sobre a existência da cautelaridade decorrem dos ensinamentos civilísticos, o que acarreta grandes dificuldades (FERNANDES, 2002), visto que a existência de uma tutela satisfativa no processo penal seria inviável. Um dos fatores impeditivos seriam os princípios processuais constitucionais, tais como presunção de inocência, contraditório, devido processo legal, entre outros, pois caso o magistrado concedesse tal tutela, estaria ferindo a Constituição pátria, condenando desde já o acusado.

Nesta linha de raciocínio, Rogério Lauria Tucci (2002, p. 107) destaca:

Inadequando-se, como visto, a transposição do conceito de pretensão ao processo penal, é de ter-se presente, outrossim, que: a) no âmbito deste, só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei; e b) dispicienda mostra-se a concorrência dos pressupostos da atuação (e respectiva concessão) cautelar – *periculum in mora* e *fumus boni iuris* - para que seja concedida ou determinada, até mesmo de ofício, medida cautelar penal.

De igual maneira, Vicente Greco Filho (2010) ensina que sem embargo do caráter cautelar que essas prisões apresentam, não há, no nosso Direito Processual Penal, um

processo cautelar distinto do processo principal, tal como existente no Processo Civil. As medidas cautelares, no processo penal, sujeitam-se a procedimento distinto exclusivamente quando disserem respeito às medidas assecuratórias que visam a resguardar a satisfação do dano emergente da prática de uma infração penal. No que tange à prisão, não. Elas resultam, então, de mera atividade administrativa (TOURINHO FILHO, 2009).

Partindo, pois do pensamento que não existem um processo autônomo cautelar dentro dos preceitos procedimentais penais, verifica-se então que todos os incidentes que demandem urgência na tutela jurisdicional ocorreriam somente incidentalmente. Entretanto, devem obedecer às condições gerais para propositura de qualquer ação, equivalentes à possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes, além dos requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Embora tenha essas semelhanças com o Processo Civil, João Gualberto Garcez Ramos (1998, p.287) salienta algumas particularidades:

A urgência, no caso, é quase onipresente. Essa qualidade decorre de diversas razões. Em primeiro lugar, do fato de que o crime é, ontologicamente, a maior ofensa ao próximo que prevê o ordenamento jurídico. Se é à pessoa do indivíduo, muitas vezes também o é ao seu patrimônio, irrazoadamente atingido. Sendo assim, ocorrendo o prejuízo patrimonial, justificada está a reação estatal enérgica. Outra razão é referente ao destinatário das regras viabilizadoras da responsabilidade patrimonial. Tendo o agente cometido um crime patrimonial doloso ou crime não patrimonial motivado pela cobiça, por exemplo, é razoável pensar-se que, uma vez consumado o crime, seu objetivo passe a ser manter o *status quo* alcançado com a prática da infração penal; talvez até com a repetição de ações moralmente reprováveis. Nisso também reside a potencial inutilidade das medidas patrimoniais do processo se desvestidas de urgências

Seria inócuo deprender esforços, tempo e dinheiro público invocando a jurisdição estatal sem que determinadas medidas não estejam revestidas de urgência. Um dos princípios regentes do Processo Penal é o da busca pelo juiz da verdade real, onde se pode usar do poder geral de cautela para ordenar medidas cautelares de ofício, podendo ser típicas ou atípicas, sendo estas usadas quando a lei for omissa ou quando aquelas não se mostrarem adequadas ao caso. No ensinamento do mestre civilista Humberto Theodoro Júnior (2009), a urgência traduziria em assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional.

Tendo a medida cautelar a característica de se prestar a satisfação de pretensões de cunho urgente, Humberto Theodoro Junior (2009) a define como uma providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse do

litigante, mediante a conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.

Partindo para um entendimento mais aprofundado das medidas cautelares dentro do processo penal, não se pode deixar de mencionar uma diferenciação existente entre as características do processo cautelar para a escola instrumentalista ou tradicional – apontada por Wambier; Talamini; Almeida (2008) e amplamente seguida pela doutrina processual instrumentalista - e a escola inovadora dos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.

De acordo com a escola tradicional, as medidas cautelares possuem autonomia, acessoriedade, instrumentalidade, provisoriedade, sumariedade, cognição não exauriente, revogabilidade. A autonomia cautelar se traduz em um terceiro gênero do processo alocado entre o processo de conhecimento e o processo de execução. A acessoriedade é entendida como um meio de assegurar o ajuizamento de um processo principal, podendo ter sua definição encontrada no artigo 796 do CPC, que diz “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. No entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM PRECATÓRIO. ART. 78, § 2º, DO ADCT. NECESSIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. CONDIÇÃO ESTABELECIDADA EM DECRETO ESTADUAL (Nº 5.154/2001). VALIDADE. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. JUÍZO DE IMPROCEDÊNCIA EM FACE DA DENEGAÇÃO DA ORDEM. VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSO ESPECIAL AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO.

O processo cautelar, embora tecnicamente autônomo, guarda estreita vinculação com o processo principal, na medida em que seu escopo é o de resguardar a utilidade do eventual provimento de mérito almejado na ação de conhecimento ou de execução. Em face desse caráter instrumental, tem-se que a decisão tomada nos autos de ação cautelar tem caráter provisório, não fazendo coisa julgada material, podendo, portanto, ser revogada a qualquer tempo. (STJ- RMS 36.464 – PR – Relator Ministro Benedito Gonçalves – Publicado em 14/02/2012)

Na mesma linha de raciocínio:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR. NATUREZA INSTRUMENTAL. PRECARIIDADE. AÇÃO PRINCIPAL JULGADA IMPROCEDENTE. INSUBSISTÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS. ART. 808, III, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Hipótese em que a recorrente sustenta que o julgamento da ação principal não infirma o fumus boni iuris suscitado na ação cautelar.

2. Constatado que a Corte regional empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

3. O processo cautelar, embora tecnicamente autônomo, guarda estreita vinculação com o processo principal, na medida em que seu escopo é o de resguardar a utilidade do eventual provimento de mérito almejado na ação de conhecimento ou de execução. Em face desse caráter instrumental, tem-se que a decisão tomada nos autos de ação cautelar tem caráter provisório (pode ser revogada a qualquer tempo) e prevalece, tão somente, até o pronunciamento definitivo do magistrado acerca do direito de fundo vindicado nos autos principais (art. 808, III, do CPC).

4. Assim, proferido juízo de valor sobre o mérito da causa nos autos principais, julgando-se improcedente o pedido exordial, tem-se por insubsistente o *fumus boni iuris* que respaldara o processamento e os eventuais provimentos judiciais ocorridos no curso do processo cautelar. No mesmo sentido: "[...] a ação cautelar instrumentaliza a ação principal julgada improcedente, incidindo a fortiori o art. 808, III, do CPC. É que a improcedência do pedido da ação principal tentada pelo requerente da cautelar faz esvaziar o *fumus boni iuris* que autorizou a concessão da medida" (REsp 724.710/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 03/12/2007 p. 265).

5. Recurso especial não provido

(REsp 1040473/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 08/10/2009).

A sentença proferida em processo cautelar não faz coisa julgada material, dado o que ensina o artigo 467 do CPC. É característica da medida cautelar a possibilidade de sua substituição (art. 805/CPC), modificação ou revogação, a qualquer tempo (art. 807/CPC). E, além do mais, é inadmissível falar em decisão de mérito nas ações cautelares porque não versam elas sobre a lide, mas de questões que se referiram à ela. Decorrem, outrossim, a mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar de sua própria natureza e objetivos; se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução (THEODORO JÚNIOR, 2009).

A instrumentalidade é o meio de garantir o resultado útil do processo principal, sendo este um instrumento de satisfação do direito material, conforme a concepção de Calamandrei (2000) o processo cautelar é instrumento do instrumento.

Preventividade é a finalidade essencial da tutela cautelar, buscando afastar uma possível inutilidade do processo, para que ao final, as partes envolvidas no processo tenham satisfeitas suas pretensões. A provisoriedade significa que a medida cautelar produzirá efeitos por um determinado lapso de tempo, notadamente até que persista a situação de emergência (WAMBIER; TALAMINI; ALMEIDA, 2008), já para o processualista Humberto Theodoro Júnior (2009) as medidas cautelares têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo.

Na classificação de Marinoni-Arenhart (2008) as medidas cautelares possuem as características de serem uma tutela assecuratória do direito material ou da situação jurídica

tutelável, perigo de dano, probabilidade do direito à tutela do direito material, temporariedade, não-satisfatividade, instrumentalidade, referibilidade, cautelaridade e não preventividade.

A tutela assecuratória do direito material ou da situação jurídica tutelável significa que a toda a pessoa é conferido o direito de buscar a proteção jurisdicional de um direito seu ameaçado ou violado. Contudo, para que a parte tenha êxito ou maiores garantias de eventual reparação, as medidas cautelares são os instrumentos hábeis a concretizar um futuro processo que discutirá o direito material. É necessário que a situação tutelável esteja correndo perigo de dano para que seja concedida a medida, demonstrada por elementos objetivos, em outras palavras, a demora no provimento jurisdicional se buscado pelas vias ordinárias trará dano ao autor.

Nenhuma decisão judicial é tomada sem que restem comprovado nos autos os elementos que confirmem as alegações da parte, sendo assim, a probabilidade do direito à tutela do direito material significa que caberá a parte demonstrar a verossimilhança das suas alegações e a probabilidade de que obterá êxito quando da ação principal que irá tutelar seu direito. Os efeitos da concessão cautelar perduram enquanto persistirem os motivos que lhe deram causa ou quando surgirem novas provas que façam mudar a convicção do juiz ou façam a medida perder seu objeto, contrariamente à noção de que perduraria até decisão definitiva de mérito, fazendo com que a temporariedade seja uma das suas características principais desta ação.

Resguardar o direito para uma futura lide, não fazendo coisa julgada material é a definição do que seria a não-satisfatividade, funcionando apenas como uma forma de obter judicialmente mecanismos que possam tornar útil e efetivo o resultado do processo principal. Neste diapasão, as medidas cautelares seriam um instrumento garantista da lide, mera forma processual adequada para determinadas situação de urgência do direito violado.

A referibilidade diz respeito à correlação existente entre a lide acessória (cautelar) e a lide principal, sendo que sempre aquela deverá se referir a esta. É o conceito que se depreende dos artigos 806 e 808 do Código de Processo Civil (lei nº 5.869) *in verbis*:

Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; [...]

Os professores Marinoni e Arenhart (2008) fazem uma distinção entre as tutelas assecuratórias e as tutelas inibitórias. Esta distinção é necessária, pois antigamente inexistiam

estudos aprofundados das tutelas inibitórias, valendo-se as partes das chamadas medidas cautelares inominadas para inibir a prática, a repetição ou a continuação de determinados atos que firam o direito de uma ou mais pessoas. A tutela cautelar não tem como finalidade prevenir danos, mas sim, a envergadura de assegurar e dar segurança a efetividade de eventual tutela ressarcitória.

Tomando por base tudo o que foi exposto acima, percebe-se, pois, que muitos dos conceitos apresentados que se referem ao Processo Civil são plenamente aceitáveis e aplicados de forma análoga ao Processo Penal. Assim, tem-se pela escola tradicional as características de acessoriedade, instrumentalidade, provisoriedade, sumariedade, revogabilidade e cognição não exauriente. Dos conceitos de Marinoni e Arenhart (2008), extrai-se para o Processo Penal a tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável, temporariedade, não-satisfatividade e a instrumentalidade.

É esse o entendimento do penalista Djalma Carvalho (2007), onde afirma que as prisões cautelares assumem as seguintes características: a) acessoriedade: seguem a sorte do processo principal, com o resultado deste aquelas cessam; b) instrumentalidade: servem de instrumento e meio para garantir a eficácia da medida principal; c) provisoriedade: a medida cautelar só dura enquanto não for proferida a medida principal e enquanto os requisitos que a autorizam estiverem presentes; d) necessidade e proporcionalidade: o juiz deve aferir a necessidade da medida e ser proporcional ao injusto imputado ao acusado, não podendo, v.g, impor prisão preventiva em caso de crimes culposos, contravenções penais e, em regra, nos delitos punidos com detenção, salvo as hipóteses previstas no artigo 313 do CPP; e) não-cumulatividade ou substitutividade: não pode haver mais de uma prisão cautelar incidindo sobre o Réu em face do mesmo processo. Assim, se a prisão em flagrante não foi relaxada, não pode o juiz decretar a preventiva.

Imprescindível ainda é o princípio da proporcionalidade e da excepcionalidade, significando a proporção da medida ao caso, visando os resultados finais do processo e devendo ser a última opção adotada pelo magistrado, visto que a regra é a liberdade de todos os indivíduos.

2.2 As Prisões Cautelares No Ordenamento Pátrio: Delineamento

O direito à liberdade é um dos direitos individuais inseridos no *caput* do artigo 5º da CF/88, depreendendo-se desse direito, a título de exemplo, o inciso LXI que assevera que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Da mesma maneira, o inciso LVII aduz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e por fim na dicção do inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tem-se, portanto, que a privação da liberdade de qualquer cidadão deve ser a última *ratio* tomada pelo juiz, dada à observância dos princípios constitucionais regentes do Estado Democrático de Direito.

Excepcionalmente é aceito no ordenamento jurídico a privação da liberdade dos cidadãos antes de uma decisão transitada em julgado, mas isso acontece em casos específicos e sendo o rol das hipóteses taxativo. Desta feita a prisão cautelar é o meio eficaz de se assegurar os meios capazes de promover o processo penal para que o mesmo produza um resultado útil. A jornalista Elizabeth Misciasci (1999) em seu estudo realizado sobre “A Origem das Prisões” elucida que a aplicação de uma prisão cautelar tem origens remotas:

[...] “Na Antiguidade” Os cativéis existiam desde 1700 a.C-1.280 a.C. para que os egípcios pudessem manter sob custódia seus escravos. “Convento” Foi através dos Conventos, que nasceram as prisões. Assim como no Egito, a Grécia, a Pérsia e a Babilônia, o ato de encarcerar, tinha como finalidade conter, manter sob custódia e tortura os que cometiam faltas, ou praticavam o que para a antiga civilização, fosse considerado delito ou crime. As masmorras também serviam para abrigar presos provisoriamente. [...] O ato de aprisionar, não tinha caráter de pena e sim da garantia de manter esta pessoa sob o domínio físico, para se exercer a punição que seria imposta. Assim como não existia legalmente uma sanção penal a ser aplicada, e sim punições a serem praticadas, também não existiam cadeias ou presídios. Os locais que serviam de clausura eram diversos, desde calabouços, aposentos em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, enfim, toda a edificação que proporcionasse a condição de cativo, lugares que preservassem o acusado ou “Réu” até o dia de seu julgamento ou execução. “Na idade Média” Da mesma forma, que na antiguidade não se conhecia a pena como privação de liberdade, o mesmo se deu na Idade Média, mantida algumas destas conceitualidades e condutas até à Idade Moderna. Para aprisionar, não havia necessidade da existência de um local específico. Assim sendo, ainda não se pleiteava uma arquitetura penitenciária própria, pois o cárcere era visto também apenas como local de custódia para manter aqueles que seriam submetidos a castigos corporais e à pena de morte, garantindo, dessa forma, o cumprimento das punições. [...] A igreja com a criação do Tribunal da Inquisição castigava os hereges com o desterro e a prisão. A principal função desse tribunal era “inquirir” e punir as doutrinas contrárias aos dogmas da Igreja. “Na Idade Moderna” [...] Com o surgimento do capitalismo, constitui-se a pena por

excelência do capitalismo industrial. Na sociedade feudal existia a prisão preventiva e a prisão por dívidas.

O jurista Cezar Bitencourt (2001) define este tipo de prisão cautelar antiga como uma custódia que era basicamente utilizada para deter o réu até o dia de sua inquirição e subjugação. Não existia, um lugar adequado o enclausuramento e se dava normalmente em lugares inóspitos, onde só por estar à pessoa já era exposta a pena cruel da carceragem.

Os acusados eram desta forma, encarcerados para aguardar uma futura sentença, quando existia uma, e não raro já sofriam uma violência física, o que pode-se entender como uma antecipação da pena. Este tipo de tratamento é incompatível hodiernamente, dada a observância dos princípios da inocência e não-culpabilidade.

As prisões são uma privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo suas espécies, forma de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o CPP cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória (NUCCI, 2008).

De igual maneira sobre o tema prisões, Julio Mirabete (2006, p. 362) aduz:

Rigorosamente, no regime de liberdades individuais que preside o nosso direito, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade. Essa prisão assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de medidas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade [...].

Neste entendimento, não se faz necessário que determinadas prisões exijam uma sentença como requisito essencial para sua decretação, valendo-se apenas do enquadramento das situações fáticas contidas no CPP, fazendo assim que este tipo de prisão seja denominada pela doutrina de prisão processual ou prisão sem pena. É uma prisão de natureza puramente processual, imposta com a finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos (CAPEZ, 2005).

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva,

quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual (RANGEL, 2010).

Recentemente a lei nº 12.403 de 4-5-2011 introduziu algumas modificações no regime de aplicação das prisões cautelares, fazendo com que as mesmas somente sejam aplicadas depois que forem infligidas as medidas cautelares impostas no artigo 319 do CPP. Assim dispõe a atual redação do artigo 282 do CPP:

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

[...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

A análise conjunta dos parágrafos quarto e sexto deixa bem claro que uma eventual situação do réu recolher-se à prisão se dará em último caso, quando as medidas cautelares aplicadas forem insuficientes para garantir o andamento do inquérito e do processo. A menção do parágrafo sexto *supra* corresponde ao novo rol de medidas cautelares introduzidas pela lei em questão, sendo nove tipos diferentes, que poderão ser aplicadas isoladamente, cumulativamente ou substituídas por outra medida mais eficaz ao caso. Nada mais justo do que adequar o CPP de 1941 ao novo modelo de Estado Democrático de Direito onde vigora os princípios da inocência e do devido processo legal. Evita-se assim que a prisão preventiva torne uma antecipação da pena, o que não raro acontecia.

Existem outros tipos de prisões cautelares além da prisão preventiva, valendo-se ainda dos ensinamentos de Guilherme Nucci (2008), o nobre doutrinador assim classifica as prisões cautelares: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível (revogado pela lei nº 12.403/11); f) condução coercitiva do réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

A última modalidade de prisão apresentada por Guilherme Nucci (2008) não é unânime na doutrina, entendendo o processualista que o fato da pessoa que recusa a depor em juízo ou perante a polícia ensejaria a possibilidade de ser algemada e colocada em sela especial até que a autoridade competente a ouça.

Na classificação de Edilson Mougenot (2009) a prisão processual penal, também denominada prisão cautelar ou prisão provisória, subdivide-se em três modalidades: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; c) prisão temporária (única modalidade de prisão prevista em lei extravagante – Lei nº 7.960, de 21-12-1989).

A classificação de Edilson Mougenot (2009), apesar de simplória, é o reflexo legal do CPP, sendo essa classificação adotada para discorrer sobre os tipos de prisão cautelar.

A prisão em flagrante é aquela que ocorre quando alguém está em evidente flagrante delito ou que, pelas circunstâncias, acabou de cometer. Seria um mecanismo de autodefesa da sociedade, garantindo a ordem jurídica e proporcionando maior segurança contra as práticas criminosas, pois assegura a materialidade do fato e autoria. Nestor Távora (2009) conceitua este tipo de prisão como sendo uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz porque o fato ocorre de inopino. Para o jurista Fernando Capez (2005) a prisão em flagrante é uma medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.

Embora a primeira impressão que se tenha acerca do flagrante seja aquele que ocorre no momento da prática delitiva, o artigo 302 do CPP relativiza essa ideia, por exemplo, admitindo que seja considerado flagrante também quando uma pessoa seja perseguida pela autoridade, qualquer do povo ou pelo ofendido em uma situação que faça presumir que ela seja a autora do fato (flagrante denominado impróprio). Alguns doutrinadores entendem que o prazo máximo para que persista o flagrante impróprio seria de 24 horas, mas pela redação legal infere-se que ficará a cargo do juiz essa valoração temporal. A doutrina costuma apontar outras classificações para o flagrante, mas que não serão objeto de estudo no presente trabalho.

A correta identificação de um flagrante delito é de suma importância, pois caso haja uma errônea interpretação da situação fática estará caracterizado um vício formal na prisão, cabendo imediato relaxamento da mesma, conforme artigo 5º, inciso LXV da CF/88, evitando-se injustiças e assim dando maior credibilidade ao sistema *puniendi* estatal.

As lições de Tourinho Filho (2009) corroboram com essa ideia, aduzindo que hoje, entre nós, a prisão em flagrante justifica-se como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria. Se na flagrância há manifesta evidência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justifica-se a detenção daquele que é

surpreendido cometendo a infração penal, a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo sem tardança a prova da infração.

A prisão em flagrante existe em quase todos os sistemas penais do mundo, mostrando-se um meio eficaz de controle das ações nocivas à paz social. Por evidente razão, este instituto deverá permanecer no ordenamento jurídico brasileiro mesmo depois do advento do novo CPP em trâmite no congresso nacional.

Outra modalidade de prisão cautelar é a prisão preventiva, prevista nos artigos 311 e seguintes do CPP. Pela lei, este tipo de prisão pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou processo penal, antes do trânsito em julgado. Existem previsões expressas nos artigos 312 e 313 do CPP em que ela deva ser decretada, pois se trata de uma prisão cautelar e não pode ser decretada sem razões plausíveis que a justifiquem, de acordo com a leitura dos artigos em questão:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

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 nº 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; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Possui, pois, o caráter de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se útil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo (CAPEZ, 2005).

Em pensamento semelhante Paulo Rangel (2010) entende que a prisão preventiva pode ser decretada pelo juiz de ofício, ou seja, independentemente de requerimento das partes ou de representação da autoridade policial. Os autores entendem ainda, sem embargo de opiniões contrárias, que, de ofício, somente no curso do processo e não do inquérito policial, pois, face ao sistema acusatório vigente na ordem jurídica, o juiz, foi afastado da fase pré-

processual, deixando a investigação a cargo apenas do Ministério Público e da autoridade policial.

O principal objetivo da prisão preventiva assim é evitar que o acusado proporcione uma temeridade de fuga e com isso ponha em cheque a aplicação da lei penal. Costuma-se chamar de mal necessário para o processo, segregando a liberdade de uma pessoa, embora o tempo que ela passe enclausurada seja abatido na aplicação da pena, haja vista que o CPP não estipula um prazo mínimo ou máximo da duração da prisão. Entretanto, a prisão preventiva pode ser revogada de ofício se não mais existirem os motivos a ensejarem, como também pode ser decretada novamente se sobrevierem razões que a justifiquem, conforme se depreende do artigo 316.

Por fim cabe falar da prisão temporária, espécie de prisão prevista em legislação extravagante (lei nº 7.960/1989), embora tida como inconstitucional por alguns estudiosos do direito. Neste sentido Nestor Távora (2009) afirma que a prisão temporária ingressou no ordenamento por iniciativa do poder executivo, dissociada não só do fator relevância e urgência, essencial às medidas provisórias, e o pior, instituiu-se restrição a um direito fundamental – liberdade ambulatorial -, sem lei no sentido estrito. O autor ressalta ainda que a mácula não se convalida, e a inconstitucionalidade perpetua até os dias atuais, apesar de nossos tribunais não a reconhecerem.

O consagrado doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2006, p.398) assim define a prisão temporária:

Trata-se de medida acauteladora, da restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial. Contrastando com a tendência doutrinária moderna, de que não se deve possibilitar o recolhimento à prisão do autor da infração penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, máxime se primário e de bons antecedentes, a lei prevê o encarceramento temporário do indiciado no procedimento policial, a qualquer tempo, por razões de necessidade ou conveniência.

Diferentemente da prisão preventiva onde não se tem estipulado o tempo exato que o acusado deverá permanecer preso, a prisão temporária tem seus prazos estipulados para cada situação. Assim, o prazo normal deverá ser de cinco dias, prorrogável por igual período a critério da autoridade judiciária, ou seja, em casos de extrema e comprovada necessidade. Já para crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo (artigo 2º da Lei nº 8.072/90), o prazo inicial é de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, justificando-se pelos mesmos motivos da prorrogação da temporária.

Esta modalidade de prisão cautelar tem lugar somente no curso do inquérito policial, onde o Delegado responsável requererá ao juiz da comarca a prisão do suspeito, tendo em vista uma melhor colheita das provas. O entendimento majoritário da doutrina penalista é o do não cabimento da prisão temporária nos inquéritos não policiais, tendo como exemplos os inquéritos militares, civis e parlamentares, por absoluta ausência de previsão legal.

Outra divergência doutrinária sobre esse tipo de prisão é da necessidade ou não da aplicação isolada ou cumulada dos incisos I, II e III do artigo 1º da lei nº 7.960/1989. A doutrina majoritariamente reconhece que deverão ser observados os requisitos do inciso III como o fundamento do *fumus comissi delicti* e os incisos I e II como o *periculum libertatis*, sendo necessária a aplicação de um dos requisitos do inciso III juntamente com os do inciso I ou II.

Por fim, cabe observar que, findo o prazo aplicado da prisão temporária, o acusado deve ser colocado imediatamente em liberdade. De outra forma, caso ainda não esteja concluídos os trabalhos investigativos ou haja fundadas razões de que não seja alcançado o resultado útil de uma posterior instrução penal, a temporária deverá ser convertida em preventiva, devendo para tanto atentar para as disposições específicas desta prisão.

CAPÍTULO III A PRISÃO PREVENTIVA EMBASADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – SUA APLICAÇÃO ADEQUADA AO MODELO DEMOCRÁTICO.

3.1 A Prisão Preventiva por Garantia da Ordem Pública e seus contornos Jurisprudenciais: O STF, STJ, TJMG e o TRF1.

Muito se têm discutido nos tribunais sobre a correta interpretação dos requisitos elencados no artigo 312 do CPP. A lei não traz em seu bojo qualquer tipo de definição, mesmo com a reforma introduzida em 2011, cabendo esta tarefa, portanto, aos magistrados e jurisprudência. Tal fato gera uma gama enorme de processos que buscam libertar acusados sob o argumento de quem não estariam presentes os requisitos legais. Embora em diferentes esferas de jurisdição, o requisito “ordem pública” já tem pacificado seu significado e interpretação.

Em uma escala decrescente de análise do entendimento dos tribunais, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que “ordem pública” seria uma medida que evite que o acusado não pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, centrada na periculosidade do denunciado e na gravidade do delito, já que nem a lei nem a doutrina apresenta uma definição coesa da expressão. É o que infere dos julgados:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. AMBIÊNCIA FACTUAL DE COBRANÇA DE “DÍVIDAS DO TRÁFICO”. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE, AFERIDA NA TESSITURA DA CAUSA. ORDEM DENEGADA.

1. O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). A ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins).

2. A ordem pública enquanto pressuposto da prisão cautelar está imbricada com a imperiosa necessidade de acautelamento do meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social.

3. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão

conta da culpabilidade do acusado. Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública).

4. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto revelador da incomum gravidade da conduta protagonizada pelo paciente. A evidenciar, portanto, periculosidade envolta em atmosfera de concreta probabilidade de sua reiteração. Precedentes: HCs 85.248, 98.928 e 94.838-AgR, da minha relatoria; 92.735, da relatoria do ministro Cezar Peluso; 96.977, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; bem como 96.579 e 98.143, da relatoria da ministra Ellen Gracie.

5. Sempre que a maneira da perpetração do delito revelar de pronto a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto prisional a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública. Precedentes: HCs 93.012 e 90.413, da relatoria dos ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, respectivamente. 6. Ordem denegada. (HC 109436 / ES, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto)

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU PRONUNCIADO POR DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO COPORAL GRAVE. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PRISÃO PREVENTIVA EMBASADA EM FATOS CONCRETOS. PERICULOSIDADE CONCRETA. ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. ORDEM DENEGADA.

1. O fundamento da garantia da ordem pública é suficiente, no caso, para sustentar o decreto de prisão preventiva do paciente. Decreto, afinal, mantido pela sentença de pronúncia, com o reconhecimento de que permanecem incólumes os fundamentos da preventiva. Não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se a concreta situação dos autos evidencia a necessidade de acautelamento do meio social.

2. Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública.

3. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse, revelador da gravidade concreta da conduta (de violência incomum) e da periculosidade do paciente.

4. [...]

5. Ordem denegada. (HC 97.688/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto)

A conveniência da medida, como já se decidiu no STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do ambiente social à ação criminosa (MIRABETE, 2006). Infere-se, pois, do *decisum* transcrito, que a custódia cautelar foi devidamente mantida para garantia da ordem pública, com vistas a evitar a reiteração criminosa, bem assim em função da periculosidade do agente e o tipo de crime cometido. Desta feita não seria razoável exigir-se o enclausuramento de um agente acusado de lesão corporal.

Outro ponto relevante para a apreciação do *habeas corpus* é o *modus operandi*, sendo que o emprego de violência, intolerância aos conflitos do cotidiano e a capacidade de

organização para o cometimento de crimes são circunstâncias que pesam negativamente na apreciação da liberdade do indivíduo. Outro fator importante a ser observado é o que tange ao tráfico de entorpecentes, onde a manutenção do acusado em liberdade representaria um risco à sociedade, tanto no que tange à continuação delitiva quanto na insegurança gerada na sociedade. A jurisprudência do STF abaixo corrobora com essa ideia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ELEMENTOS OBJETIVOS PARA A PRISÃO CAUTELAR. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGA. PREDICADOS PESSOAIS DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a periculosidade do paciente, verificada pela gravidade in concreto do crime, bem como pelo *modus operandi* mediante o qual foram praticados os delitos representam elementos idôneos para a prisão preventiva.
2. As circunstâncias dos delitos atribuídos ao Paciente e aos demais integrantes do grupo, que teriam comercializado mais de duas toneladas e meia de entorpecente, valendo-se de uma estrutura organizacional bem definida, justifica a prisão cautelar para garantia da ordem pública e, por conseguinte, inviabiliza o deferimento do direito ao recurso de apelação em liberdade.
3. Os atributos pessoais do sentenciado, conquanto positivos, não lhe conferem o direito automático de recorrer em liberdade, especialmente se outras variáveis apontam a inconveniência da medida. Precedentes. 4. Ordem denegada. (HC 109054/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Carmem Lúcia)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRÁTICA DE ILÍCITOS PENAIS POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DENOMINADA PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL (PCC), NA REGIÃO DO ABC PAULISTA. PACIENTE INCUMBIDA DE RECEBER E TRANSMITIR ORDENS, RECADOS E INFORMAÇÕES DE INTERESSE DAQUADRILHA, BEM COMO AUXILIAR NA ARRECADAÇÃO DE VALORES. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA QUE VEDOU A POSSIBILIDADE DE RECURSO EM LIBERDADE. PRETENDIDO ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS JUSTIFICADORAS DA PRISÃO PREVENTIVA (ART. 312 DO CPP). ÚLTIMA RATIO DAS MEDIDAS CAUTELARES (§ 6º DO ART. 282 DO CPP - INCLUÍDO PELA LEI Nº 12.403/11). MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS: I - COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO, NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES; II - PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO PERMANECER DISTANTE DESSES LOCAIS PARA EVITAR O RISCO DE NOVAS INFRAÇÕES; E III - PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO DELA PERMANECER DISTANTE. (ART. 319 DO CPP - COM A ALTERAÇÃO DA LEI Nº 12.403/11). APLICABILIDADE À ESPÉCIE, TENDO EM VISTA O CRITÉRIO DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE. PACIENTE QUE, AO CONTRÁRIO DOS OUTROS CORRÉUS, NÃO FOI PRESA EM FLAGRANTE, NÃO POSSUI ANTECEDENTES CRIMINAIS E ESTAVA EM LIBERDADE PROVISÓRIA QUANDO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PELAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS (INCISOS I A III DO ART. 319 DO CPP). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. [...]
2. [...]
3. No caso, os argumentos do Juízo de origem para vedar à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade não demonstram que a sua liberdade poderia causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, a meu ver, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a ordem pública - acautelamento do meio social -, muito embora, não desconheça a posição doutrinária de que não há definição precisa em nosso ordenamento jurídico para esse conceito. Tal expressão é uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial e doutrinária, cabendo ao magistrado a tarefa hermenêutica de explicitar o conceito de ordem pública e sua amplitude.
4. Na espécie, o objetivo que se quer levar a efeito - evitar que a paciente funcione como verdadeiro pombo-correio da organização criminosa, como o quer aquele Juízo de piso -, pode ser alcançado com aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do CPP em sua nova redação.
5. Se levado em conta o critério da legalidade e da proporcionalidade e o fato de a paciente, ao contrário dos outros corréus, não ter sido presa em flagrante, não possuir antecedentes criminais e estar em liberdade provisória quando da sentença condenatória, aplicar as medidas cautelares diversas da prisão seria a providência mais coerente para o caso.
6. Ordem parcialmente concedida para que o Juiz de origem substitua a segregação cautelar da paciente por aquelas medidas cautelares previstas nos incisos I a III do art. 319 do Código de Processo Penal. (HC 106446/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Carmem Lúcia)

Este último caso demonstra a maleabilidade das decisões no STF e a adequação com as mudanças legais no capítulo referente à prisão preventiva do CPP, pois embora a regra geral no tocante ao tráfico de drogas seja o acautelamento do agente, neste último julgado, os bons antecedentes e a função exercida no delito levaram aos nobres julgadores o entendimento de que se poderia aplicar as medidas cautelares diversas da prisão.

Para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) o entendimento do conceito de ordem pública se baseia que no *modus operandi*, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive, hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social. (RHC 15.016/SC, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 09/02/2004).

Outro precedente existente no STJ consiste na brutalidade no cometimento dos crimes ou na ação delituosa que excede a própria natureza do crime cometido. Assim, embora o agente possua bons antecedentes, se apresente espontaneamente à polícia, possua residência fixa, tenha ocupação lícita, dentre outros fatores, a custódia preventiva poderá ser decretada se presente os requisitos legais, tornando irrelevantes as características subjetivas do agente.

Desta forma:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. SUPERVENIENTE SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. [...]

2. No caso, o Recorrente, impelido por motivação torpe de caráter passional, ante a recusa da vítima de retomar o relacionamento, imobilizou-a impossibilitando sua defesa, e em seguida desferiu-lhe treze golpes de canivete, em diversos locais do corpo, provocando-lhe sofrimento desnecessário e cruel. Tais fatores revelam, indubitavelmente, a gravidade concreta do delito, dado o violento *modus operandi* da conduta criminosa;

3. A custódia cautelar do ora Recorrente não carece de fundamentação. A prisão preventiva foi decretada para a garantia da ordem pública, em razão da especial gravidade e da barbárie com que o delito foi cometido, e da periculosidade concreta do acusado, demonstrada pelas circunstâncias que cercaram o delito.

4. Ressalte-se, que condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

5. Recurso desprovido (RHC 25416/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/06/2010).

No tocante ao tráfico ilícito de entorpecentes, o principal fundamento que justifica a ordem pública seria a interrupção ou diminuição da prática delituosa, tendo em vista que o não encarceramento poderia gerar insegurança nas pessoas no tocante à impunidade, além de prejudicar a credibilidade do judiciário. A jurisprudência sobre este tema é bastante efusiva:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE SE INTERROMPER A CONDUTA CRIMINOSA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. HIPÓTESE EM QUE SEQUER HOUVE ÊXITO POR PARTE DO JUDICIÁRIO EM CUMPRIR O MANDADO DE PRISÃO, ENCAMINHADO POR CARTA PRECATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o Recorrente participava de organização criminosa especializada na traficância de entorpecentes, que transportava grandes quantidades de droga entre Campo Grande/MS e Florianópolis, sendo que em apenas uma abordagem foram apreendidos 5.098,08 gramas de cocaína.

2. "A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, HC 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009).

3. [...]

4. [...]

5. Recurso desprovido. (RHC 28158 / SC, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 02/03/2012)

O entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não é diferente dos tribunais superiores, tendo similaridade das justificativas da prisão cautelar e da ordem pública. Outro fator que o TJMG considerou relevante acerca da interpretação da expressão “ordem pública” é a da proteção das testemunhas do delito, fato esse que ensejaria a prisão.

As jurisprudências abaixo são bem elucidativas:

HABEAS CORPUS - ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - PRESENÇA DE REQUISITO LEGAL DO ARTIGO 312 DO CPP - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - ORDEM DENEGADA.

- A preservação da ordem pública abrange 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.

- Sendo inuvidosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP.

- As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a decretação da prisão provisória. – ordem denegada (HABEAS CORPUS Nº 1.0000.10.020165-6/000 - COMARCA DE BETIM - PACIENTE(S): GENIVALDO DOS SANTOS MIRANDA - AUTORID COATORA: JD 1 V CR ACID TRAB COMARCA BETIM - RELATOR: EXMO. SR. DES. FLÁVIO LEITE).

HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE - PRISÃO PREVENTIVA - GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA - PROTEÇÃO ÀS TESTEMUNHAS - ORDEM DENEGADA.

- A periculosidade do paciente se vê comprovada por seus diversos envolvimento em delitos igualmente graves, e noticiado temor que causa às testemunhas. O decreto preventivo está lastreado em elementos concretos, expostos fundamentadamente, em especial na necessidade de garantia da ordem pública. A concepção atual de ordem pública não se restringe à possibilidade de prática de novos crimes, alcançando o resguardo do meio social e garantia às testemunhas, inclusive. Ordem denegada

(TJMG - Número do processo: 1.0000.07.458342-8/000. Relator: Des.(a) MARIA CELESTE PORTO. Data do Julgamento: 14/08/2007. Data da Publicação: 01/09/2007)

Por fim cabe ressaltar o duto entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), adotando também as mesmas concepções do STF e STJ, além de tornar irrelevantes as circunstâncias pessoais dos réus. É o que se infere do julgado abaixo:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE DO DELITO PROVADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA DEMONSTRADOS. DECRETO PRISIONAL DEVIDAMENTE MOTIVADO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA IRRELEVANTES. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1) A prisão preventiva, como medida cautelar e excepcional, poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, conforme o disposto no artigo 312, da legislação processual.

2) No caso, o decreto prisional foi proferido com observância dos princípios regem a custódia cautelar e para a finalidade descrita pelo legislador, pois a existência do crime, os indícios de autoria e a necessidade de proteção à ordem pública, restaram demonstrados.

3) Com efeito, a decisão impugnada consigna --- bem como o requerimento formulado pela autoridade policial, lastreado nas provas até então reunidas, somadas às circunstâncias em que ocorreu o crime, com duas mortes absolutamente inúteis para a consecução do objeto do delito --- a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, pois, a repulsa causada pelo crime e a sua gravidade não foram, por si só, os fatores determinantes para o decreto preventivo, mas tudo isso aliado à forma de execução pelos assaltantes do motorista e do policial, que por estarem amarrados não podiam mais oferecer qualquer resistência ao assalto. Esta especial circunstância é que demonstra a periculosidade dos réus, impondo o resguardo da ordem pública por meio da proteção social contra acusados potencialmente perigosos.

4) Conforme o magistério doutrinário e jurisprudencial, a primariedade, a ausência de antecedentes criminais, o trabalho e residência fixos, não constituem óbice à decretação da custódia cautelar.

5) Aplicação do princípio da razoabilidade quanto ao excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, decorrente de atos requeridos pelos réus, como expedição de cartas precatórias para a oitiva das testemunhas de defesa.

6) Precedentes.

7) Ordem denegada. (HC 2001.01.00.039256-6/PI, TERCEIRA TURMA, Rel. PLAUTO RIBEIRO, DJ p.75 de 16/11/2001)

É de se ressaltar que a jurisprudência no TRF1 é parca e não atual, sendo difícil fazer uma análise mais completa sobre o tema, haja vista as mudanças legais ocorridas entre 2001 e 2012 no tema pesquisado.

3.2 O Conceito de Ordem Pública na Doutrina Pátria

A prisão preventiva no Brasil surgiu de forma gradual e com muitas diferenças das quais se tem positivada hoje. Legalmente, ela surgiu em 1822 com a proclamação da Independência brasileira. A Constituição Imperial de Dom Pedro I, outorgada em 1824, tinha em seu art. 179 § 8º a possibilidade de se prender uma pessoa nos casos admitidos em lei, mediante ordem escrita do juiz. O Código de Processo Criminal do Império, datado de 1832, previa do mesmo modo a prisão sem culpa constituída para os crimes inafiançáveis, por ordem escrita da autoridade legítima. Com fortes influências do Código Processual Penal italiano de 1930, veio a ser positivado o atual Código de Processo Penal de outubro de 1941, onde sistematizou, mas com rigor dogmático, a prisão preventiva no direito brasileiro.

Embora tenham ocorrido tantas mudanças e disposições sobre o assunto ao longo dos séculos XIX e XX, tais avanços não foram capazes de explicar, ou em outras palavras, definir os fundamentos que ensejam a excepcionalidade da prisão preventiva. Destarte, os momentos históricos que antecedem a elaboração e positivação de determinadas leis são de extrema importância para se entender a vontade do legislador e o alcance das palavras utilizadas. Assim, a ditadura militar teve forte importância para elaboração do atual CPP, onde se tinha na época uma forte repressão contra quem se opunha ao regime, logo pode-se inferir que os motivos de se prender uma pessoa eram os mais frágeis. Não seria de estranhar que os artigos que estipulam a prisão preventiva possuem muitas lacunas e indefinições de expressões, tais como a ordem pública.

A lei processual penal é taxativa ao elencar as hipóteses de decretação da referida prisão, entretanto, não aponta interpretação ou definição do que seria “ordem pública”, conforme pode-se perceber pela redação do artigo 312 do Decreto-Lei 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), *in verbis*:

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

As lacunas deixadas poderiam servir de pretexto para deixar os abusos praticados, sob o pálio da legalidade, tornando legal o que na realidade era arbitrário. Assim, hodiernamente os juízes têm feito um verdadeiro trabalho de hermenêutica a fim de determinar a extensão das expressões, especialmente às contidas no art. 312. A tomar como

exemplo, tem-se um trecho da decisão que declara a prisão preventiva do Sr. Alexandre Alves Nardoni e a Sra. Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá emanada pelo Exmo. Sr. Juiz Maurício Fossen:

Na visão deste julgador, a prisão processual dos acusados se mostra necessária para garantia da ordem pública, objetivando acautelar a credibilidade da Justiça em razão da gravidade e intensidade do dolo com que o crime descrito na denúncia foi praticado e a repercussão que o delito causou no meio social, uma vez que a prisão preventiva não tem como único e exclusivo objetivo prevenir a prática de novos crimes por parte dos agentes, como exaustivamente tem sido ressaltado pela doutrina pátria, já que evitar a reiteração criminosa constitui apenas um dos aspectos desta espécie de custódia cautelar. (Processo N^o 274/08-**decreto prisional prolatado em 07.05.2008**-Comarca de São Paulo)

As interpretações tomadas no âmbito jurisprudencial acabam refletindo também na doutrina, onde renomados autores traçam linhas expondo seus pensamentos sobre a legalidade de determinadas interpretações sobre ordem pública.

Na visão de Guilherme Nucci (2008, p. 618):

Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração+repercussão social

De acordo com Paulo Rangel (2010, p. 771):

Por *ordem pública*, deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais

Na lição de Eugênio Pacelli (2010, p. 527):

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

No ensinamento de Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 479):

Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz social. Em havendo risco de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A análise da posição dos doutrinadores e da jurisprudência leva a conclusão de que há carência de uma previsão legal e de uma acepção exata do que necessariamente seja "ordem pública" permitindo o surgimento, basicamente, de sete interpretações dadas à expressão, quais sejam: 1) caráter hediondo do crime; 2) periculosidade do agente; 3) credibilidade da justiça; 4) reiteração da prática criminosa; 5) repercussão social do fato; 6) gravidade do delito; e, finalmente, 7) clamor social, público ou popular.

3.3 A Prisão Preventiva por Garantia da Ordem Pública e sua interpretação conceitual adequada ao modelo Democrático de Direito de Estado

As sentenças e mandados judiciais são dados com respaldo legal, dando assim maior credibilidade às decisões. Ao pensar desta forma, não existiria nenhum erro em aplicar literalmente uma lei ao caso concreto. No entanto, os princípios existentes no Estado Democrático de Direito impedem este tipo de arbitrariedade e conduz o jurista e magistrado a uma ponderação das medidas a serem tomadas. Desta forma, através de uma análise sistêmica do ordenamento jurídico, há uma maior chance de se aplicar a equidade em cada caso concreto.

Os juízes incumbidos da seara penal têm extrema responsabilidade em suas mãos, pois cuida-se da liberdade dos indivíduos. Uma decisão erroneamente publicada teria consequências nefastas tanto na vida do acusado quanto a confiança do setor judiciário, principalmente quando se trata de prisões de cunho cautelar. Elas estão disciplinadas no art. 312 do CPP e o código não traz nenhuma definição, indicação ou referencia dos conceitos expressos ali.

Uma das expressões mais utilizadas para fundamentar a prisão preventiva é a garantia da "ordem pública" contida no art. 312 do CPP, a jurisprudência e a doutrina trataram

de elencar hipóteses em que ocorreria o motivo determinante da prisão, valendo-se para tanto não só do caso concreto, mas também a garantia de um Estado mais pacífico. A delimitação se torna necessária, na medida em que se evite dar margem à interpretações escusas ao que prega o Estado Democrático de Direito, revivendo os tempos de despotismo e concentração de poder.

A investidura de poder em determinadas pessoas, legitima-os a agir conforme princípios e de acordo com as expectativas dos submetidos à esse poder. Desta forma, esse poder soberano legitima a aplicabilidade da prisão preventiva sob o pálio jurídico-legal, procurando fundamentação no atual contexto social, na crise do ordenamento jurídico e no crescimento da violência. Mesmo embora a CF/88 estabeleça os princípios a serem observados por todas as outras normas, em se tratando de prisão preventiva, há uma mitigação dos mesmos.

A presunção de inocência que todos os cidadãos têm antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, perde um pouco seu caráter absoluto quando se trata de prisão preventiva, tendo indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, aliados às circunstâncias fáticas em que o crime se deu. A garantia de que ninguém será preso senão por sentença transitada em julgado também é relativizada, pois há uma decisão que decreta a segregação do acusado, mesmo ela não sendo definitiva. A ampla defesa poderá ser utilizada na utilização de *habeas corpus* contra a prisão, se ela for ilegal.

Em uma análise histórica, o contexto da inserção no ordenamento jurídico brasileiro do CPP era o de supressão de direitos, monopolização de ideias políticas e de concentração de poder.

É cediço que durante a evolução do direito processual e material, exista a influência da classe dominante na elaboração e concretização de um ordenamento jurídico. É o que podemos chamar de uso ideológico das leis. São aspectos políticos, históricos, sociais, e ideológicos que influenciam o direito como um todo, manipulando-o em favor das camadas potencialmente mais fortes da sociedade (RODRIGUES, 2010, internet).

Desta maneira, o processo serviu e ainda serve como modo discriminatório e autoritário de alcance de objetivos dos mais socialmente fortes, acarretando pouco a pouco a aniquilação da cidadania.

A lacuna interpretativa deixada no artigo 312 do CPP trouxe e traz ainda algumas divergências nos processos. A tarefa de dar um conceito para tais expressões coube então aos doutrinadores, magistrados e juristas, onde cada um procura interpretar os conceitos de forma que mais lhes sejam viáveis. Embora ocorra isso, faz-se necessário a observância aos

preceitos regentes do modelo de Estado adotado pelo Brasil. Assim, qualquer decisão judicial não deve apenas atender para o réu ou sua família, mas também para o meio social onde o indivíduo vive, traduzindo assim em uma verdadeira democracia.

O magistrado ao fundamentar sua decisão aduzindo a proteção ou manutenção da ordem econômica, da ordem processual, ou da ordem pública, para a decretação da prisão preventiva cria uma situação evitada de formalidade objetiva. Esta situação gera dúvidas e insegurança por parte do segregado e de sua família. Pois o sujeito é obrigado a suportar os efeitos degradantes da medida restritiva, sem ter a exata ciência da sua responsabilidade.

A onda crescente da violência urbana que alcança níveis mais altos nas cidades mais populosas e economicamente desenvolvidas gera temor e insegurança para maioria das pessoas, que em contrapartida esperam uma resposta imediata contra esses acontecimentos. A ideologia de resposta rápida não deve ser entendida como aplicação irrestrita dos mecanismos legais para satisfação pessoal, tais como prisão imediata e segregação do acusado até o julgamento propriamente dito.

Deve-se antes de tudo ter em mente algumas premissas constitucionais fundamentais, quais sejam: todo o indivíduo é livre como regra, sendo sua eventual prisão uma exceção; é possível a prisão do acusado antes mesmo do trânsito em julgado do processo penal, desde que essa ordem de prisão esteja arrimada nos fundamentos exigidos na lei; e por fim, saber que a prisão hoje é a última medida que deve ser aplicada, devendo antes aplicar outras medidas que não sejam o cerceamento da liberdade.

A prisão cautelar não pode ser vista como uma forma legal de constranger a liberdade individual, sem uma denúncia formal ou uma condenação, isto porque esta representa medida excepcional, aplicável em situações muito limitadas, quando há uma comprovação do fato e da autoria desde que não haja outra medida mais adequada, mas sempre devidamente fundamentada.

Desta feita, justificar determinadas prisões acautelatórias baseadas na periculosidade que o agente representa receio da reinteração criminosa além do temor gerado nas pessoas dado ao alto grau de reprobabilidade do delito, tem como respaldo o Estado Democrático de Direito, pois observa os mandamentos legais e ainda sim busca a harmonização social. Tal tarefa se demonstra árdua e complexa, na medida em que depreende-se esforços para que mesmo com todos os elementos apresentados, ainda se preserve a credibilidade daqueles que devem assegurar os direitos de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito se origina no século XVIII, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, sendo mais do que uma junção dos preceitos positivistas do Estado de Direito e a participação popular no poder (termo consubstanciado no parágrafo único do art. 1º da CF/88). Implica assim na garantia e proteção de valores fundamentais da pessoa humana, tendo em vista a organização política e funcionamento do Estado.

Graças a essas características, a população pode participar da elaboração constitucional de 1988, baseando o Estado no princípio da legalidade (art. 5, II) garantindo o desenvolvimento nacional (art. 3, II); erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art.3º, III) e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Embora o social tenha grande relevância e positividade na constituição brasileira, não se pode deixar que a “defesa social” se sobreponha aos direitos e garantias individuais, sendo o Estado garantidor dos direitos fundamentais através de medidas coercitivas. Tais medidas, no entanto, devem ser adequadas à sociedade, de modo que o Estado tenha seu poder punitivo limitado diante do cumprimento das disposições infraconstitucionais, como dispõe a doutrina criminológica do Garantismo.

As medidas cautelares no processo penal sevem como meio para a consecução do poder punitivo Estatal e particular, na medida em que visa garantir o fim útil do processo instaurado. Desta forma, as prisões decretadas antes do fim definitivo do processo tem legitimidade legal para tanto, onde somente a segregação do acusado é que se poderá prosseguir nos atos essenciais para que haja uma correta prestação jurisdicional.

As prisões preventivas acontecem quando a conduta do acusado represente risco à aplicação da lei penal, à instrução do processo ou à ordem econômica e a ordem pública. Tais disposições encontram-se elencadas no art. 312 do CPP, no entanto não se tem positivado o conceito de tais expressões, dando margem a diversas interpretações para os juristas, cada qual dando uma conotação que se enquadre aos seus interesses ou aos daqueles que representam.

As definições do que seja ordem pública foram moldadas ao longo do tempo, tendo observância às mutações sociais valorativas, respeito ao Estado Democrático de Direito e a personalidade e conduta de cada agente. Desta forma, a análise da posição dos doutrinadores e da jurisprudência leva ao entendimento de basicamente sete interpretações

dadas à expressão “ordem pública”, quais sejam: 1) caráter hediondo do crime; 2) periculosidade do agente; 3) credibilidade da justiça; 4) reiteração da prática criminosa; 5) repercussão social do fato; 6) gravidade do delito; e, finalmente, 7) clamor social, público ou popular.

O rol *supra* não é exaustivo e muito menos taxativo, sendo possível e necessária a constante adequação da lei às novas práticas delituosas e com o grau de reprobabilidade social.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOURADO, Adriano Souza; ROCHA, Paula Garcia; FREITAS, Pedro Henrique Aguiar de. **O direito à privacidade versus responsabilidade civil: sua aplicação e limitação diante do site de relacionamentos Orkut**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33346>. Acesso em 12 de janeiro de 2012 às 15:30.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra : Almedina, 1998.

_____. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Alexs Gonçalves. **Prisão preventiva: garantia da ordem pública e credibilidade da Justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2234, 13 ago. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13318/prisao-preventiva-garantia-da-ordem-publica-e-credibilidade-da-justica>. Acesso em: 24 maio 2011 às 19:35.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil – processo cautelar**. Vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MISCIASCI, Elizabeth. **A primeira prisão e como surgiram os presídios**. Pesquisa concluída em 1999. Disponível em: http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm. Acesso em 09 de março de 2012 às 12:01.

MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **A citação pessoal e válida como elemento do pressuposto processual penal de existência do procedimento em contraditório**. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NascimentoA_1.pdf. Acesso em 01/02/2012 às 22:00.

_____. **Da Natureza jurídica do Processo Penal epistemologicamente adequada à concepção democrática do Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

RODRIGUES, Gustavo Mendonça. **O direito fundamental à liberdade e o instituto da prisão cautelar**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29180>. Acesso em: 17 de março de 2012 às 20:15.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STIPP, Álvaro. **Garantismo**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>. Acesso em 15 de janeiro de 2012 às 21:32.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Podium, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VADEMECUM Saraiva. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil – processo cautelar e procedimentos especiais**. Vol. 3. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WUNDERLICH, Alberto. **Da prisão como pena à prisão preventiva**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, n. 194. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1528>. Acesso em: 16 maio 2011 às 20:43.

Jurisprudência do STF disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pris%E3o+Preventiva+Garantia+da+Ordem+P%FAblica+%29&pagina=2&base=baseAcordaos>. Acesso em: 17 de março de 2012 às 21:14.

Jurisprudência do STF disponível em disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18814845/habeas-corpus-hc-102617-pe-st>. Acesso em: 18 de maio às 22:12.