ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas



# PRISÃO PREVENTIVA E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

# PREVENTIVE DETENTION AND PUBLIC ORDER GUARANTEE

Ricardo Gagliardi*
Tarsis Barreto Oliveira**

**RESUMO:** O objetivo do estudo foi analisar a definição jurídica do termo *garantia da ordem pública* como requisito para a prisão preventiva aplicada em decisões judiciais. Realizou-se uma revisão sistemática da literatura, com os artigos pesquisados nas bases de dados de Scielo e Google Scholar, e uma revisão sistemática de jurisprudência da Corte Suprema, a partir dos descritores *prisão preventiva* e *garantia da ordem pública*. A amostra constituiu-se de 16 artigos e de 25 julgados. Evidenciou-se que o termo *ordem pública* segue conceitos amplos; porém, para fins de decretação da medida cautelar excepcional de segregação, deve ter seu conceito restrito ao risco de reiteração delituosa, fundada na periculosidade do agente. Tendo esse parâmetro, as decisões judiciais, nesse contexto, para serem legítimas e terem validade, devem observar a classificação em cadeia de fundamentos técnicos, de acordo com a quantidade de ligações que fazem com outros argumentos.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Motivação das decisões judiciais.

* Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT-Esmat). Especialista em Criminologia pela Escola Superior da Magistratura do Tocatinense (Esmat). Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) e em Administração Pública de Preservação da Ordem pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Atualmente é juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Colméia – Tocantins – Brasil.

** Doutor e mestre em Direito pela UFBA. Professor adjunto de Direito Penal da Universidade Federal do Tocantins. Coordenador e professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT-Esmat). Membro do Comité International des Pénalistes Francophones e da Association Internationale de Droit Pénal. Palmas – Tocantins – Brasil.

**ABSTRACT:** The objective of the study was to analyze the legal definition of the term *public order guarantee* as a requirement to preventive detention in judicial decisions. It was carried out a systematic review of the literature about this subject, using the Scielo and Google Scholar database, and a systematic review of the Brazil's Supreme Court jurisprudence, using the descriptors *preventive detention* and *public order guarantee*. The research considered sixteen scientific articles and twenty-five judgments. We have come to the conclusion that the term *public order* has wide concepts but, in order to stipulate an exceptional preliminary order of segregation, this concept must be restricted to the risk of criminal repetition, based on the dangerousness of the agent. Using this setting, judicial decisions, in order to be legitimate and valid, must have to follow the classification of technical foundations, according to the amount of links they make with other arguments.
**Keyword:** Preventive detention. Public order guarantee. Motivation of judicial decisions.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 RESULTADOS:** DA ANÁLISE DOS ARTIGOS; **3 RESULTADOS:** DA ANÁLISE DOS JULGADOS; **4 DA REINTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS E PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

## 1 INTRODUÇÃO

A prisão de pessoa no Brasil somente pode ocorrer em situações previstas na própria Constituição da República, prestigiando-se, sobretudo, os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, tenha ela cunho cautelar ou definitivo, conforme arts. 1º, III, 3º, I, e 5º (BRASIL, 1988).

Está previsto no art. 5º, LXI, da Constituição Federal que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]" (BRASIL, 1988). O art. 283 do Código de Processo Penal repete tal dispositivo como regra, expondo que a prisão provisória tem elementos diversos da prisão definitiva (BRASIL, 1941). A primeira, medida excepcional,

baseia-se na avaliação de requisitos processuais de risco e perigo. A segunda é a caracterização da pena definitiva, como resultado do trânsito em julgado da decisão judicial e seu cumprimento.

Ambas as formas de prisão prestigiam o princípio de não culpabilidade ou de inocência, insculpido na Constituição da República, no art. 5º, LVII, *in verbis*: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", porém têm focos diversos.

Isso quer dizer que a prisão provisória não deve ser decretada por ser o fato abstratamente grave, hediondo ou por gerar uma grande repercussão ou comoção social. Não se pode tornar uma pessoa culpada sem o julgamento transitado em julgado. O princípio da proteção coletiva ou de segurança coletiva nesse ponto não deve se sobrepor ao direito individual à liberdade. Não se pode condicionar a prisão provisória ao julgamento de culpa antecipado por tal fato, tão comum nos meios da mídia e na sociedade em geral. A cognição do juiz, ao analisar o caso concreto, é sumária e parcial, e deve levar em consideração os requisitos processuais expostos em lei.

Segundo o sistema processual criminal, o fato de se prender cautelarmente, de forma provisória, não gera a violação do princípio da presunção da inocência e, nesse ponto, a jurisprudência nacional é pacífica, constituindo-se o referido princípio uma presunção relativa. Se o legislador constituinte desejasse algo diverso, excluiria o termo *presunção*, mantendo, apenas, *princípio da inocência*.

E por que não viola tal princípio? Como se argumentou anteriormente, os requisitos para a prisão provisória não discutem a culpabilidade em sua inteireza. A prisão provisória tem outro objetivo. Isso porque, embora seja necessária a verossimilhança das alegações e provas mínimas para a caracterização da materialidade e da autoria, na hipótese da prisão preventiva, o que importa para a sua concessão é

estarem presentes requisitos que demonstrem o perigo da liberdade do investigado ou réu para a suposta vítima, para a sociedade, ou que de algum modo dificultem a instrução processual ou a aplicação da lei penal, durante o transcorrer do processo de conhecimento.

A prisão processual não tem o condão de prematurar um veredito de culpa, tendo finalidade diversa. Por isso, e diante das regras antecipadamente previstas em lei de forma expressa, é que a prisão processual penal é excepcional, somente devendo ser aplicada quando absolutamente necessária.

Na aferição dessas regras excepcionais, afora os pressupostos e requisitos processuais de jurisdição e competência, devem ser observados três requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Os dois primeiros são denominados *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*) e *periculum in mora (periculum libertatis)*. O terceiro consagra a prisão preventiva como *ultima ratio* dentre as demais medidas cautelares.

Os elementos do *fumus boni iuris* são as provas que indiciam suficientemente a materialidade e a autoria, na forma da última parte do art. 312 do Código de Processo Penal, bem como se subsuma em pelo menos um dos incisos do art. 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O segundo requisito, previsto na primeira parte do art. 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), denominado *periculum libertatis*, é constituído de forma alternativa, por, pelo menos, um elemento: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O terceiro requisito para o cabimento da prisão preventiva é a sua excepcionalidade diante das demais medidas cautelares não privativas de liberdade. A prisão preventiva passou a ser a última medida, exatamente por ser a mais gravosa dentre as cautelares. Somente deve ser imposta se as medidas cautelares outras não forem suficientes para

impedir o *periculum libertatis*, na forma do arts. 282, § 6º, e 312, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal. Essas medidas podem ser cumuladas e substituídas a qualquer tempo, consoante o que dispõe o art. 282, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O elemento que suscita maior dúvida e contradição entre os juristas é o da garantia da *ordem pública*, por ser considerado vocábulo aberto, genérico, o que dá azo à interpretação de diversos significados (LAZZARINI, 1994, p. 71). Há muitas críticas no sentido de que o requisito não tem conteúdo processual e, por isso, não se compatibilizaria com o sistema de garantias individuais, sendo uma verdadeira antecipação de culpa e de pena, devendo ser extirpado.

Silva (1982, p. 291) entende o termo *ordem pública* como "a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto." Para Diniz (2005, p. 522) "[...] é um limite ao foro ou à manifestação da vontade individual, às disposições e convenções particulares."

Para Oliveira Filho (1947, p. 257), "manter a ordem pública é assegurar a paz pública evitando que os fatos materiais externos alterem a tranqüilidade geral. [...] É, pois, a ordem pública uma regra de equilíbrio da infinidade de interesses jurídicos em jogo e que o direito reconhece".

Vedel (1973, p. 23), por sua vez, enfatiza que o *termo* consiste em um mínimo essencial para se garantir a vida social conveniente. Repete os conceitos de Rolland (1947, p. 399) de que a segurança dos bens e das pessoas, a salubridade, a tranquilidade são seus fundamentos.

Para Lazzarini (1994, p. 72), referidos fundamentos seriam as causas do efeito *ordem pública*. Referido autor (1987, p. 13-14) explicita que a *ordem pública* não é conceito jurídico, "embora dela se origine e tenha sua existência formal".

Por ser um conceito incerto, amplo e não jurídico e passível de variações axiológicas, no espaço e no tempo, e para não caracterizar a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da segurança jurídica, do contraditório, da ampla defesa e devido processo legal, da razoabilidade e da igualdade material, minimizando os efeitos da seletividade penal, é que se faz necessária a análise jurídico-constitucional do elemento em estudo.

Diante do panorama exposto, este estudo teve como objetivo analisar a produção científica e jurisprudencial acerca do elemento jurídico da *garantia da ordem pública*, como um dos requisitos para a prisão processual, na modalidade preventiva, e a forma de sua fundamentação em decisões judiciais. Espera-se, com este trabalho, contribuir com as investigações que vêm sendo realizadas acerca da temática, pois a tendência quando da análise das hipóteses em concreto pelos magistrados é cada vez a interpretação mais restritiva do termo.

O processo utilizado consistiu-se em uma revisão sistemática da literatura, sendo sua função a de integrar as informações, coincidentes ou não, de um conjunto de estudos realizados separadamente sobre determinada temática de forma sistematizada, e sintetizar o conhecimento de uma dada área por meio da formulação de uma pergunta, identificação, seleção e avaliação crítica de estudos científicos contidos em bases de dados eletrônicas. A partir disso, pode-se aumentar o conhecimento sobre a temática investigada e/ou apontar eventuais lacunas que precisam ser preenchidas (SAMPAIO; MANCINI, 2007, p. 83-88).

A pergunta foi: qual é o conhecimento científico e jurisprudencial já produzido, no Brasil, sobre a garantia da ordem pública como requisito para a prisão preventiva? A busca de artigos foi realizada nas bases eletrônicas Scientific Electronic Library Online (Scielo) e Google Scholar, e também na jurisprudência produzida pelo Supremo

Tribunal Federal, por meio das palavras-chaves selecionadas: *prisão preventiva* e *garantia da ordem pública*.

Para seleção das produções, foram incluídos artigos originais ou de revisão publicados entre 2013 e 2016 e oriundos de estudos desenvolvidos no Brasil, e acórdãos em *Habeas Corpus* do Supremo Tribunal Federal, publicados entre 1/7/2016 e 31/12/2016. Foram encontrados 113 resultados no *Google Scholar*, nenhum na base SciELO, e 36 na base de pesquisa de jurisprudência. Realizou-se a leitura dos resumos e das ementas com o fim de refinar a amostra de critérios de inclusão e de exclusão. Foram excluídas 65 monografias, dissertações, teses e TCC, e resumos de livros; outros 32 artigos por disporem de temas não diretamente relacionados; 9 acórdãos relacionados a agravos regimentais; 1 acórdão envolvendo assunto não tratado, referente a processo de extradição; e um caso envolvendo crime militar, por conter fundamentos diversos. Por meio desse processo, a amostra final foi constituída por 16 artigos e 25 julgados.

A avaliação crítica consistiu na leitura do estudo na íntegra e, em seguida, na elaboração de quadros sinópticos com os dados coletados com informações de cada pesquisa. De forma auxiliar, fez-se uso da técnica de análise temática de conteúdo, por meio da leitura e releitura dos resultados dos estudos, procurando identificar aspectos relevantes que se repetiam ou se destacavam. A sistemática da pesquisa é evidenciada nos seguintes quadros:

# Tabela 1– Quadro sinóptico dos artigos científicos

| Código/ Ano/ Objetivo(s) | Resultados/Conclusões |
|---|---|
| Artigo 1 / 2015<br>Analisar a prisão preventiva após a vigência da Lei nº 12.403/2011 e da problemática que envolve o fundamento da garantia da ordem pública, também cotejando algumas questões de cunho criminológico, principalmente sobre o caráter seletivo do sistema penal. | 1. Após o advento da Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva se tornou definitivamente a *ultima ratio* no sistema de medidas cautelares, mas a prisão preventiva continuou sendo utilizada de forma indiscriminada.<br>2. O fundamento da garantia da ordem pública é inconstitucional, tendo em vista que afronta os princípios constitucionais da presunção de inocência e da estrita legalidade. |
| Artigo 2 / 2015<br>Examinar de que modo a mídia televisiva brasileira vem influenciando e lesando os fundamentos constitucionais penais da prisão preventiva, incitando o clamor público. | 1. O clamor influenciado pela mídia atua diretamente na opinião da sociedade, assim como nas decisões de parte dos magistrados que não tem cogitado as medidas cautelares previstas na Lei nº 12.403/2011.<br>2. A prisão decretada, com base no clamor público, é inconstitucional em face dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório entre outras normas. |
| Artigo 3 / 2015<br>Analisar a ilegalidade da prisão preventiva decretada pelo magistrado, com base na influência do clamor público, coligada a repercussão social dos fatos e a gravidade delitiva. | 1. Decisões judiciais sobre a modalidade da prisão preventiva, baseadas na gravidade delitiva, comoção social e repercussão social dos fatos, consubstanciados no clamor público divulgado excessivamente pela mídia, ferem vários princípios constitucionais, dentre eles, o da legalidade, dignidade da pessoa humana e da inocência/culpabilidade. |
| Artigo 4 / 2014<br>Apresentar a forma constitucionalmente adequada para aplicação do instituto da prisão preventiva no Código de Processo Penal, depois de a alteração pela Lei nº 12.403/2011, que teve por objetivo a adequação do instituto ao Estado Democrático de Direito, tomando por base os atuais conceitos de contraditório e imparcialidade, e verificando a ineficiência da alteração promovida em relação à meta proposta. | 1. No campo da prisão preventiva, a Lei nº 12.403/2011 apresentou avanço irrisório, permanecendo-se a incompatibilidade com os princípios do contraditório, isonomia entre as partes e imparcialidade do juiz.<br>2. A consequência direta é que persiste a estrutura inquisitorial do Código de Processo Penal brasileiro, pois o mesmo juiz que pode decretar de ofício a prisão preventiva do acusado, abstendo-se de, prévia ou mesmo posteriormente, submeter a questão ao contraditório, julgará a ação penal proposta, agravando-se o risco de condenação para o acusado, cuja liberdade estará nas mãos de um juiz, no mínimo, suspeito.<br>3. O texto legal deve passar pela interpretação constitucionalmente adequada, tanto para rechaçar a hipótese de decretação de ofício da prisão preventiva como para assegurar que a motivação para sua decretação guarde vinculação direta com a prova da necessidade produzida em contraditório, ainda que postergado, o qual se concretiza pela imediata oitiva das partes, logo após a prisão do acusado e, |

| | |
|---|---|
| | ainda que nesses casos mantida a prisão, pela possibilidade de posterior apresentação de novos argumentos e provas voltados à reversão da medida privativa de liberdade acaso fixada nos mesmos autos e independente de nova oitiva da acusação. |
| Artigo 5 / 2015<br>Problematizar algumas questões relacionadas ao exercício do contraditório, no caso da prisão preventiva, após o advento da Lei nº 12.403/11, buscando, sobretudo, analisar o papel da audiência de custódia nesse contexto, como um meio de garantir efetivamente esse direito. | 1. A preservação e exercício do contraditório, principalmente em sede de medidas cautelares, visa à proteção e garantia de direitos fundamentais e da própria democracia, com base na Constituição e na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) que, em seu artigo 7.5, mesmo em sede de prisão - precária – preventiva, e deve vigorar para além de afirmações falaciosas - ou maliciosas - de eficiência, aceleração e velocidade.<br>2. O contraditório foi inserido pela Lei n º 12.403/2011, em seu art. 282, parágrafo 3º, do CPP, embora apresentando lacunas, podendo o juiz conferir novos prazos e agendar audiência, e ainda ser diferido para momento posterior com a assistência de advogado. |
| Artigo 6 / 2014<br>Buscar extrair um sentido mais correto da expressão ordem pública, inserido no teor do art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, no que diz respeito à prisão preventiva. | 1. Devem-se interpretar as prisões processuais sempre como exceção, impondo preferencialmente as medidas cautelares diversas da prisão.<br>2. A fundamentadora ordem pública destacado no art. 312 do Código de Processo Penal não pode se legitimar como base a repercussão social, o *modus operandi* ou mera gravidade do delito. A periculosidade do agente deve ser interpretada como indivíduo perigoso, ou seja, que volte a delinquir, e somente esta, ou seja, a reiteração delituosa sustenta o ônus de atingir a paz social, o seio da comunidade, atingindo, assim, a ordem pública. |
| Artigo 7 / 2013<br>Tratar de forma pormenorizada a garantia da ordem pública, circunstância legal autorizadora da decretação da prisão preventiva do imputado trazida pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. | 1. A Suprema Corte brasileira (STF), em momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, possuía interpretação mais abrangente do termo "garantia da ordem pública", pois entendia que prisão preventiva poderia ser decreta em razão da periculosidade do imputado (que era presumida em face das circunstâncias da prática do delito, dos antecedentes e da personalidade do indivíduo), do clamor público e da gravidade do crime.<br>2. Depois, o entendimento do STF acerca da abrangência da expressão sofreu significativa alteração, pois o clamor público e a gravidade do crime deixaram de ser consideradas razões idôneas a ensejar a custódia provisória, permanecendo a presumida periculosidade do indivíduo como fundamento.<br>3. A prisão preventiva do presumidamente perigoso não apresenta natureza cautelar a fim de instrumentalizar o processo penal, pois tem por objetivo apenas salvaguardar o meio social em relação ao indivíduo que supostamente |

| | |
|---|---|
| | praticará novos crimes se permanecer em liberdade, encontrando-se dissonante com a nova ordem constitucional (presunção de inocência). |
| Artigo 8 / 2013<br>Examinar os posicionamentos empregados ao conceito de garantia da ordem pública e apresentar, ainda, os pontos divergentes entre o estudo jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o doutrinário. | 1. Encontraram-se divergências sobre o termo: garantia da ordem pública.<br>2. O primeiro argumento encontrado nas decisões do Tribunal foi o da reiteração criminosa. Apresentaram-se posicionamentos doutrinários divergentes. O Tribunal vem acolhendo as meras presunções dos magistrados. Defende-se a não aplicabilidade do referido argumento, tendo em vista que é inadmissível prender alguém preventivamente fundamentando a garantia da ordem pública com base nesta premissa, pois para se decretar tal medida é necessário analisar todas as provas existentes nos autos, sendo que a prática da reiteração é uma prova impossível de ser produzida, já que não há como prever o futuro. Não há a possibilidade de privar a liberdade do indivíduo por algo que ele ainda não cometeu, por delitos ainda não praticados.<br>3. O segundo critério apresentado, e que na maioria das vezes é confundido com a ordem pública, é o clamor público. Contudo, é incabível este argumento para estabelecer a medida cautelar, haja vista que já decidiu o STF que o clamor público não é justificativa legal para satisfazer a medida extrema. |
| Artigo 9 / 2015<br>Discutir acerca da teoria do garantismo penal criada por Luigi Ferrajoli e sua aplicação aos institutos penais, mais especificamente se tratando da prisão preventiva e sua decretação. | 1. No cenário das decisões judiciais é que surge o problema da prisão preventiva, pois está se transformando em regra o que deveria ser exceção, violando-se o princípio da fragmentariedade do direito penal.<br>2. Os meios de comunicação e a massa conservadora incentivam tal decisão, criando uma "falsa justiça" cada vez que um indivíduo é preso cautelarmente.<br>3. Muitos julgadores utilizam fundamentos genéricos e, em algumas vezes, inconstitucionais para a decretação da prisão, como a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, que são medidas de segurança, e não cautelares, por não servirem ao processo de conhecimento. Reconhece que a doutrina majoritária entende pela legalidade de aplicação da garantia da ordem pública em caráter restritivo, a partir da prova do risco considerável de reiteração de ação delituosa. |
| Artigo 10 / 2014<br>Discutir acerca do paralelo entre a Prisão Preventiva Cautelar e os Princípios Processuais Penais referidos à sua aplicação, principalmente ao Princípio da Presunção de Inocência. | 1. A influência do clamor público deve ser totalmente descartada como embasamento para a decretação da prisão preventiva, pois isso criaria uma antecipação da pena, o que infringe claramente os direitos fundamentais do acusado garantidos pela Carta Magna Brasileira, a saber, a sua presunção de inocência, o direito à proporcionalidade e ao devido processo legal, sendo inconstitucional. |
| Artigo 11 / 2015 | 1. A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão |

| | |
|---|---|
| Analisar a motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva à luz da teoria agambeniana do estado de exceção. | preventiva configura um elemento integrador do Estado de exceção, pois leva uma zona ambígua de indeterminação entre o político e o jurídico desencadeando não só a deslegitimação democrática do Poder Judiciário, mas de todo o Estado de Direito.<br>2. O medo social da violência, usado como instrumento político-ideológico e manipulado pelo populismo penal, acaba por viabilizar as motivações inadequadas, lastreadas na subjetividade e na filosofia da consciência.<br>3. O imprescindível dever de motivar a decisão demanda, além de um exímio preparo técnico do juiz, uma perspectiva ética da fundamentação, fulcrada numa compreensão crítica da realidade prisional. A vinculação da motivação com a hermenêutica fenomenológica apresenta-se como instrumento de controle epistemológico, permitindo o combate às arbitrariedades;<br>5. São vícios de motivação: a) ausência (não observa os argumentos relevantes produzidos), sendo a inexistência e a aparência de motivação; b) abstração (não há correlação lógica entre a norma e o caso concreto).<br>6. São motivos inidôneos apontados pela jurisprudência: menção literal do contesto legal; gravidade abstrata do delito; expressão de mero apelo retórico; consequências hipotéticas ou naturais / intrínsecas ao delito; meras conjecturas; possibilidade abstrata de fuga; clamor público ou exposição midiática; ausência no ato de interrogatório. |
| Artigo 12 / 2016<br>Rediscutir a postura jurisprudencial acerca da prisão preventiva precedida da detenção em flagrante | 1. O modelo acusatório é opção constitucional, contudo, a imaturidade epistemológica que os tribunais e a doutrina tradicional detêm, junto ao processo penal, deixa-o contaminado com aspectos da teoria geral do processo civil. Essa contaminação tende a naturalizar a figura de um magistrado protagonista, ativista, ensejando a anuência da decretação de ofício de cautelares, mesmo durante a fase investigativa.<br>2. Ainda que a dicção normativa do art. 310, II, não seja das melhores, posto que inseriu a ideia de conversão como intelecção inquisitorial, o ordenamento apresenta a solução com base no modelo acusatório. O ato de converter tem a mesma natureza jurídica do ato de decretar, não havendo distinção ontológica que justifique a submissão de cada um desses atos a regramentos distintos. Assim, deve-se abandonar a interpretação literal do mencionado artigo e buscando a compreensão sistêmica das medidas cautelares.<br>3. Tanto no plano infraconstitucional, com a vedação expressa pelos arts. 311 e 282, §2º, do CPP, que impedem a decretação |

| | |
|---|---|
| | de prisão preventiva ou qualquer outra cautelar, na fase do inquérito, sem que haja pretérita postulação; como no plano constitucional com o modelo acusatório de processo penal e a consequente necessidade de zelo com a imparcialidade do julgador, deve-se exigir que o Ministério Público requeira a prisão preventiva. |
| Artigo 13 / 2015<br>Analisar se os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência atendem a devida subsunção ao conjunto normativo e principiológico formador do ordenamento jurídico pátrio, a partir da problemática da prisão preventiva e o requisito previsto no art. 313, inciso I, do CPP. | 1. Verificou-se que não há uma posição firmada pela doutrina, mas há um indicativo que grande parte dos estudiosos tem o entendimento de aplicação do cárcere preventivo por substituição independente da pena cominada no tipo, pois é necessária força coercitiva às medidas cautelares diversas da prisão; não viola o princípio da homogeneidade, pois quando da aplicação da pena, juiz deve considerar também as circunstâncias judiciais; a Lei 12.403/2011 criou um microssistema de prisão preventiva substitutiva (interpretação sistemática do art. 282, §4º e art. 312, parágrafo único, ambos do CPP); o art. 313, I, do CPP não traduz regra absoluta. Defendem tal posição os autores: Renato Brasileiro Lima, Andrey Borges de Mendonça, Eugênio de Oliveira Pacelli, e Nereu José Giacomolli.<br>2. O autor, no entanto, defende os posicionamentos de Edison Mongenot Bonfin e Aury Lopes Júnior, pois não se pode fazer interpretação extensiva na matéria penal, nem mesmo violar o princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que a maioria da doutrina, ao anuir a possibilidade de aplicação da preventiva na aludida hipótese, afronta as regras de hermenêutica jurídica, já que o art. 313 do CPP, em seu *caput*, é claro ao afirmar que as regras ali contidas aplicam-se também ao art. 312, o que certamente inclui o seu parágrafo único, o qual prevê a prisão preventiva por conversão. |
| Artigo 14 / 2016<br>Problematizar algumas questões relacionadas à ausência de previsão de prazo de duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, buscando, sobretudo, identificar a relação entre esse vazio legal e a ocorrência de violações de direitos e garantias fundamentais no curso do processo penal. | 1. A ausência de previsão de duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico representa uma lacuna nefasta, uma vez que permite a relativização do tempo da constrição por meio dos mais diversos tipos de argumentos, muitas vezes possibilitando a ocorrência de graves violações de direitos e garantias fundamentais daqueles que respondem a processos criminais;<br>2. O problema do vazio legal em relação ao prazo da prisão preventiva, muitas vezes, é acentuado pela mentalidade autoritária ainda presente no meio jurídico brasileiro, conforme pode ser verificado nos inúmeros casos em que a prisão preventiva perdura por demasiado período de tempo.<br>3. Defende o estabelecimento de um prazo de duração da prisão preventiva, o estabelecimento de sanções aos responsáveis pelo descumprimento e uma espécie de garantia reparatória. |

| | |
|---|---|
| Artigo 15 / 2016<br>Realizar uma análise criminológica da prisão preventiva, não somente como meio de controle social preventivo ou gestão de riscos dos grupos sociais considerados perigosos e como forma de satisfação da insegurança social, mas também acerca do estado de exceção em que é utilizada pelos atores jurídicos, ou seja, o jeito como essa medida cautelar é banalizada como a regra, ao invés da exceção, inclusive após a vigência da Lei nº 12.403/2011. | 1. Restou demonstrada não apenas a banalização da utilização da prisão preventiva, inclusive após a nova Lei das Medidas Cautelares, mas, principalmente, que no contexto contemporâneo, a prisão preventiva tornou- se um mecanismo demasiadamente seletivo de controle social, tendo em vista que a constrição vem contribuindo diretamente para a exclusão dos indivíduos pobres do seio social, o que é realizado com o objetivo de garantir o pleno funcionamento do sistema de consumo e para proporcionar o falso sentimento de segurança na população.<br>2. Pode-se perfeitamente observar o que Peter Sloterdijk denominou de razão cínica, que se encontra presente de forma difusa e universal na cultura contemporânea. Nessa esteira, o cinismo, entendido como falsa consciência esclarecida, pode ser verificado na seguinte designação: "eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas mesmo assim o fazem". Assim, a relação entre estado de exceção e cinismo é evidente, considerando que "a produção da exceção como regra é, em si, um ato cínico". Demonstra a racionalidade cínica presente na cultura institucional e inquisitorial do poder judiciário, corroborada pelo imaginário social brasileiro. |
| Artigo 16 / 2016<br>Analisar o cabimento da prisão preventiva depois de a vigência da Lei nº 12.403/11, que a tornou excepcional frente às demais medidas cautelares. | 1. Decreta-se a prisão sem analisar se a medida cautelar diversa da prisão não seria mais adequada ao caso, como requisito para a sua viabilidade.<br>2. Aplica-se medida diversa da prisão quando não estão presentes os requisitos legais da preventiva. Antes da entrada em vigor da nova lei, se ausentes os requisitos da preventiva, colocava-se em liberdade e, com a alteração processual, se ausentes os requisitos da preventiva, impõe-se medida cautelar diversa da prisão. Considera isso uma distorção da finalidade da criação das medidas cautelares, já que deixa de analisar sua adequação ao caso. A medida cautelar de não prisão somente poderá ser imposta quando presentes os requisitos da prisão preventiva acima citados. |

**Fonte:** Elaborada pelos autores (2018), com base em dados obtidos no Google Scholar, por meio de revisão sistemática de literatura.

## Tabela 2 – Quadro sinóptico da jurisprudência

| Código/ Tipo / Nº / Resultado Relator | Delito / Argumento(s) utilizado(s) com base em ementa e voto |
|---|---|
| Julgado 1<br>HC 138120<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Condenado em segundo grau em roubo majorado.<br>• Periculosidade do paciente, verificada pelo *modus operandi* (circunstâncias) mediante o qual foi praticado o delito – baseado na decisão singular (gravidade concreta – indícios de roubo com uso de arma de fogo e em concurso de pessoas, em comércio e subtração de R$ 530,00).<br>• Possibilidade de reiteração – suspeita do agente de ter praticado outro roubo com o mesmo *modus operandi* em BH;<br>• Permanecendo os fundamentos da custódia cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. |
| Julgado 2<br>HC 136298<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Convertida prisão em flagrante por Roubo majorado, envolvendo organização criminosa.<br>• Periculosidade do paciente e Gravidade concreta do delito e Possibilidade de reiteração delituosa (circunstâncias do crime – considerável número de agentes e articulação intelectual do esquema criminoso), evidenciadas pelo fato de o paciente fazer parte de articulada organização criminosa – necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes da organização. |
| Julgado 3<br>HC 135393<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Convertida prisão em flagrante por Tráfico de Drogas.<br>• Periculosidade do paciente, revelada pelas circunstâncias do crime, especialmente pela expressiva quantidade de droga apreendida (87,90 gramas de cocaína e 44,10 gramas de maconha) - (gravidade concreta e periculosidade social – *modus operandi*, além da quantidade de drogas, anotações referentes ao tráfico e certa quantia em dinheiro). |
| Julgado 4<br>HC 138251<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Convertida prisão em flagrante por Porte Ilegal de Arma de uso proibido, Munições e explosivos.<br>• Periculosidade do paciente – revelada pelas circunstâncias do crime, especialmente pela expressiva quantidade e qualidade dos artefatos apreendidos (4 coletes balísticos, toucas, luvas, 1 arma de fogo do tipo fuzil, de marca AK, modelo 47, municiada com 35 cartuchos e 3 invólucros plásticos em forma alongada ("bananas de dinamite").<br>• Gravidade concreta e possibilidade de reiteração, pelo fato de o paciente fazer parte de articulada organização criminosa. |
| Julgado 5<br>HC 134383<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Mantida a condenação por Tribunal do Júri em 2º grau por duplo homicídio, sendo um tentado, duplamente qualificado e formação de quadrilha.<br>• Gravidade concreta do delito, evidenciada pelo *modus operandi* e pela participação em "organização criminosa de grande poder delituoso" (organização tinha total domínio sobre a base territorial do Estado do Mato Grosso, no que tange à exploração desse tipo de jogo de azar, e representava um grande perigo para a sociedade, pois matavam toda e qualquer pessoa que prejudicasse ou viesse |

| | |
|---|---|
| | a ameaçar os objetivos daquela atividade – com contratação de pistoleiros).<br>• Excesso de prazo – não há se a demora no julgamento dos recursos de apelação tem origem no direito à ampla defesa e na complexidade do caso – prisão em 30/7/2015 (pedidos da defesa para degravação das mídias que continham o arquivo audiovisual do interrogatório dos réus, deferido em 11/4/2016; solicitação de perícia técnica nas mídias, determinada em 4/7/2016);<br>• Aplicação da lei penal – não foi encontrado em seu endereço e tem nacionalidade uruguaia.<br>• Respondeu ao processo em liberdade (2002 a 2015). Isso não impede a segregação – condenação em 41 anos. |
| Julgado 6<br>HC 133712<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Condenado em segundo grau por tentativa de latrocínio.<br>• Periculosidade do paciente, verificada pelo *modus operandi* e circunstâncias do crime (planejamento prévio pelo subgerente de loja, em concurso de pessoas, e subtração com uso de arma de fogo de dinheiro- R$5.000,00, durante transporte, com disparos de arma de fogo em direção à vítima).<br>• Permanecendo os fundamentos da custódia cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. |
| Julgado 7<br>HC 134799<br>Denegado<br>Min. Teori Zavascki | • Responde a processo por Tráfico de Drogas e Associação para o Tráfico.<br>• Periculosidade do paciente, gravidade em concreto – revelada pelas circunstâncias do crime, especialmente por haver "fortes indícios" de autoria; pelo seu suposto envolvimento com "quadrilha organizada para a prática reiterada" de tráfico envolvendo vultosa quantidade de droga (aproximadamente 8kg de maconha), do que se deflui o "considerável aporte financeiro" do grupo criminoso; participação de outros sete coacusados, caracterizada por ações ramificadas deflagradas em municípios distintos do Estado do Rio Grande do Sul – risco de reiteração criminosa. |
| Julgado 8<br>HC 136255<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Convertida prisão em flagrante por Roubo majorado.<br>• Periculosidade do paciente – diante da gravidade concreta do delito, evidenciadas pelo *modus operandi* mediante o qual foi praticado o delito.<br>• Possibilidade de reiteração delituosa - reincidência em crime de mesma natureza e responde por outras ações penais. |
| Julgado 9<br>HC 136778<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Convertida prisão em flagrante por Tráfico Internacional de Drogas.<br>• Periculosidade do paciente – diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime, e *modus operandi*, especialmente expressiva quantidade de droga apreendida (2.880 gramas de pasta base de cocaína, trazida da Bolívia, em concurso entre 3 agentes, contratados por R$ 2.000,00 (dois mil reais) por uma organização criminosa – a denotar um profundo envolvimento e dedicação dos pacientes com o tráfico ilícito de entorpecentes, de forma permanente e constante) – risco de reiteração. |
| Julgado 10<br>HC 137365<br>Denegado<br>Min. Ricardo Lewandowski | • Convertida prisão em flagrante por Tráfico de Drogas.<br>• Periculosidade do paciente – diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime, especialmente expressiva quantidade de droga apreendida (4.600 gramas de cocaína, 7 pontos de LSD, 25 comprimidos de ecstasy, 1 papelote de cocaína e 500 gramas de maconha), durante transporte |

| | |
|---|---|
| | entre Estados, à cidade de São Paulo, a receber R$1.000,00) – gera risco de reiteração. |
| Julgado 11<br>HC 133210<br>Denegado<br>Min. Gilmar Mendes | • Responde processo por homicídio doloso.<br>• Periculosidade do paciente – diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime, diante da demonstração da extrema violência e uso de arma de fogo – Reiteração criminosa.<br>• Aplicação da lei penal - Réu foragido (principal motivo). |
| Julgado 12<br>HC 128650<br>Denegado<br>Min. Dias Toffoli | • Responde processo por Tráfico de Drogas e Associação para o Tráfico;<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime, especialmente por integrar estruturada organização criminosa voltada à distribuição de drogas no Estado de Pernambuco e em seus estabelecimentos prisionais (notícia de que um dos investigados por meio de interceptação telefônica, de dentro da unidade prisional, utilizava terminal telefônico para se comunicar com os integrantes da organização criminosa).<br>• Excesso de prazo – não há - pluralidade de 15 réus, mas também pelo fato de estarem presos em Comarcas distintas, demandando a expedição de cartas precatórias. |
| Julgado 13<br>HC 128779<br>Denegado<br>Min. Dias Toffoli | • Responde processo por sonegação de contribuição previdenciária, em continuidade delitiva;<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime (*modus operandi*), especialmente por integrar estruturada organização criminosa voltada a supressão de tributos é realizada de forma habitual, consciente e deliberada, tendo a dívida do grupo empresarial com os fiscos Estadual e Federal alcançado o valor de R$ 1.667.096.995,64;<br>• Risco concreto de Reiteração delitiva – habitual a conduta e perdurando por várias décadas, desde 1984; ficha criminal dos pacientes. |
| Julgado 14<br>HC 135418<br>Denegado<br>Min. Gilmar Mendes | • Responde processo por Tráfico de Drogas e Associação para o Tráfico;<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime, especialmente diante de expressiva quantidade de droga apreendida (51 papelotes de crack e 20 papelotes de maconha), o que indica traficância continuada, e por ter o envolvimento de adolescentes que ajudavam a vender a droga – receio de reiteração.<br>• Risco concreto de reiteração delitiva – responde a outras duas ações penais (iguais crimes). |
| Julgado 15<br>HC 135250<br>Concedida<br>Min. Teori Zavascki | • Convertida prisão em flagrante por Tráfico de Drogas.<br>• Gravidade em abstrato – desproporcional - flagrado com pequena quantidade de droga apreendida (posse de 12 porções ou 2,9g de crack, 3 porções ou 5,1g de cocaína, destinadas à mercância, além da importância de R$34,00) - não é cabível.<br>• Autoriza juiz conceder medidas cautelares diversas. |
| Julgado 16<br>HC 131442<br>Denegado<br>Min. Gilmar Mendes | • Responde processo por tentativa de homicídio doloso e falsa comunicação de crime.<br>• Periculosidade do paciente – diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime, pois, em tese, o recorrente, guarda municipal, após uma discussão, fez disparos contra a vítima da demonstração da extrema violência e uso de arma de fogo; e depois o acusado teria provocado a atuação |

| | |
|---|---|
| | policial, comunicando a ocorrência do crime de roubo da sua arma de fogo, que sabia não ter ocorrido, com a suposta intenção de ocultar o delito cometido.<br>• Garantia da aplicação da lei penal – permaneceu foragido por vários meses.<br>• Garantia da instrução criminal. O acusado teria provocado a atuação policial, comunicando a ocorrência do crime de roubo da sua arma de fogo, que sabia não ter ocorrido, com a suposta intenção de ocultar o delito cometido. |
| Julgado 17<br>HC 134394<br>Denegado<br>Min. Gilmar Mendes | • Responde processo por homicídio doloso.<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime (*modus operandi*), pois supostamente matou a vítima com extrema violência, espancando-a brutalmente antes de atingi-la por diversos disparos de arma de fogo, o que denota descontrole sobre seus ímpetos – risco de reiteração.<br>• Risco concreto de Reiteração delitiva; possui condenação por crime de roubo;<br>• Aplicação da lei penal – pois, desde a data do crime, embora exaustivamente procurado, o recorrente não foi encontrado. |
| Julgado 18<br>HC 133135<br>Denegado<br>Min. Gilmar Mendes | • Convertida prisão em flagrante por Tráfico de Drogas.<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime, especialmente diante de expressiva quantidade de droga apreendida (577,45 gramas de cocaína), forma de acondicionamento e de transporte do material tóxico apreendido, além da localização de certa quantia em dinheiro – risco de reiteração da conduta –não responde a outras ações penais;<br>• Permanecendo os fundamentos da custódia cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. |
| Julgado 19<br>HC 134968<br>Concedida<br>Min. Dias Toffoli | • Convertida prisão em flagrante por Tráfico de Drogas.<br>• Gravidade em abstrato e não comprovada periculosidade – pequena quantidade de droga apreendida (posse de 7,5 g de maconha) - pois, embora a decisão que determinou a prisão informasse sobre a variedade e quantidade de droga apreendida, ela não se sustenta, pois a denúncia condicionou a imputação do art. 33 da Lei de Drogas à apreensão de aproximadamente 7,5 g de maconha em seu poder, não havendo qualquer menção específica a respeito dos 111 pinos de cocaína e das 193 pedras de crack encontrados nas imediações do local em que ela foi surpreendida.<br>• Não comprovado o risco de reiteração delitiva – não responde a outras ações penais - demonstrada primariedade da paciente e à ausência de antecedentes criminais.<br>• Autoriza Juiz conceder medidas cautelares diversas. |
| Julgado 20<br>HC 134023<br>Denegado<br>Min. Gilmar Mendes | • Condenado por roubo duplamente majorado e corrupção de menores;<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime (*modus operandi*) utilizado na prática delituosa, com emprego de arma de fogo, bem como a comparsaria com um adolescente – durante o dia, em estabelecimento comercial, tendo o denunciado réu e o adolescente infrator proferido ameaças contras as vítimas, utilizando-se de armas de fogo, na pequena cidade de IACRI, local pacato, gera receito de risco de |

| | |
|---|---|
| | reiteração delitiva – não responde a outras ações penais.<br>• Tendo permanecido o paciente custodiado durante toda a instrução criminal, e condenado pelo Juízo de primeiro grau, não deve ser revogada a prisão cautelar se não houve alteração fática apta a autorizar-lhe a devolução do *status libertatis*. |
| Julgado 21<br>HC 130037<br>Denegado<br>Min. Gilmar Mendes | • Responde processo por homicídio doloso triplamente qualificado e aborto provocado por terceiro.<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime (*modus operandi*), pois supostamente o crime ocorreu de forma cruel e contra vítima grávida – o paciente teria amarrado a vítima e deixado a porta de sua casa aberta para facilitar a entrada dos executores por ele contratados. Na sequência, já amordaçada e com o pescoço e mãos presos por um fio elétrico, foi esfaqueada por várias vezes.<br>• Clamor social – fato divulgado pela mídia.<br>• Tendo permanecido o paciente custodiado durante toda a instrução criminal, não deve ser revogada a prisão cautelar se não houve alteração fática apta a autorizar-lhe a devolução do *status libertatis*.<br>• Excesso de prazo – 5/2014 a 8/2016 - não há - complexidade do feito e diante de vários pedidos e incidentes requeridos pela própria defesa, tais como dependência toxicológica, perícia de filmagens, suspeição de peritos. |
| Julgado 22<br>HC 129668<br>Concedida<br>Min. Gilmar Mendes | • Convertida prisão em flagrante por tentativa de roubo impróprio;<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, por ter tentado subtraído aparelho celular e roupa de turista.<br>• Risco de reiteração criminosa – possui condenação definitiva por crime de furto e responde a outras ações penais por crimes contra o patrimônio;<br>• Excesso de prazo da custódia cautelar por culpa do judiciário – paciente preso preventivamente há mais de dois anos / processo não complexo;<br>• Autoriza Juiz conceder medidas cautelares diversas. |
| Julgado 23<br>HC 134104<br>Não conheceu / Concedida de ofício<br>Min. Gilmar Mendes | • Convertida prisão em flagrante por Tráfico de Drogas, Associação para o Tráfico e Corrupção de menores.<br>• Gravidade abstrata do delito.<br>• Fundamentação genérica do juiz da causa;<br>• Prisão preventiva substituída por prisão domiciliar – paciente gestante. |
| Julgado 24<br>HC 132543<br>Não conhecido<br>Min. Rosa Weber | • Pronunciado por dois homicídios dolosos qualificados.<br>• Periculosidade do paciente, diante da gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias do crime (*modus operandi*), envolvendo o atentado à vida de duas pessoas, o que enseja rápida e exitosa apuração dos fatos. O crime teria sido praticado em razão de desavenças subjacentes ao delito de tráfico de drogas e, quanto ao ofendido Felipe, teria sido cometido com o objetivo de assegurar a impunidade do delito anterior – risco de reiteração.;<br>• Risco de reiteração delitiva – os flagrados possuem diversos antecedentes criminais.<br>• Não há excesso de prazo, embora preso há mais de três anos (complexidade e gravidade dos fatos, nº de 2 crimes, quantidade de 3 réus, impetração de RESE da decisão de pronúncia (um voto contrário). |

| | |
|---|---|
| Julgado 25<br>HC 132296<br>Não conhecido<br>Min. Teori<br>Zavascki | • Condenado em 1º grau por lavagem de dinheiro.<br>• Gravidade em concreto do delito, revelada pelas circunstâncias relevantes do crime (*modus operandi*), pois teria praticado as condutas enquanto exercia mandato de Deputado Federal, utilizando-se do prestígio e da influência política, inerentes ao cargo para obter vantagens ilícitas em transações realizadas por empresas privadas junto a órgãos da Administração Pública. Consta dos autos, ainda, que o ora recorrente, além de ter sido pessoalmente beneficiado com o esquema criminoso, teria utilizado os valores ilegalmente percebidos no financiamento de campanhas eleitorais de prefeitos por ele apoiados no certame de 2012. Dessa forma, considera-se um maior desprezo pelo bem jurídico tutelado, o que permite concluir se tratar de agente que ostenta maior periculosidade – como forma de evitar que o paciente continue a atuar ou, ao menos, impedi-lo de dar cabo aos supostos negócios espúrios já iniciados.<br>• Risco de reiteração delitiva – o paciente foi condenado por outros crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.<br>• Tendo permanecido o paciente custodiado durante toda a instrução criminal, e condenado pelo Juízo de primeiro grau, não deve ser revogada a prisão cautelar se não houve alteração fática apta a autorizar-lhe a devolução do *status libertatis*.<br>• A gravidade em abstrato do ilícito apurado e a prova de autoria, por mais robusta que seja, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. |

**Fonte:** Elaborada pelos autores (2018), com base em dados obtidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, por meio de revisão sistemática de literatura.

## 2 RESULTADOS: DA ANÁLISE DOS ARTIGOS

Quatro dos achados (artigos 1, 2, 9, 15) indicaram expressamente que há ainda no Brasil a *banalização da prisão preventiva* com seu uso indiscriminado, mesmo depois da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, que estabeleceu as medidas cautelares diversas da prisão e ainda a regra de que a prisão, por ser a medida mais drástica, somente deve ser utilizada quando as medidas outras não forem adequadas. Lopes Júnior (2013, p. 44) detalha, por isso, que o problema da prisão cautelar indiscriminada no País é cultural.

Os argumentos que motivaram tal conclusão dos autores baseiam-se, segundo os referidos trabalhos, em: análise de decisões judiciais e críticas de seus fundamentos extensivos; opinião de doutrinadores, especialmente baseada no princípio da presunção de

inocência; dados estatísticos relacionados à quantidade desproporcional de detidos provisoriamente, especialmente em comparação ao número de presos condenados com sentença transitada em julgado (BRASIL, 2014); e outros dados que vêm a indicar um número exagerado de pessoas detidas precariamente.

São os principais fatores mencionados para essa pretensa banalização da prisão, seja para sua decretação, seja para sua manutenção em excesso de prazo: a) o elemento da garantia da ordem pública ser interpretado de maneira extensiva e usado de forma indiscriminada em decisões judiciais, por ausência de motivação, ou indicando elementos abstratos e/ou não razoáveis; b) o fato de se alegar que a garantia da ordem pública não é medida cautelar e, por isso, todas as medidas cautelares motivadas com tal argumento deveriam ser revogadas; c) demora na prestação jurisdicional; d) falta da capacidade operativa e técnica das polícias; e) falta de acesso à Defensoria Pública da população mais desfavorecida; e) não observação da subsidiariedade da medida cautelar de prisão diante das outras medidas; f) ausência de meios eficientes para a aplicação de outras medidas cautelares. Parte dessas conclusões foi dantes constatada por alguns autores (GIACOMOLLI, 2013, p. 76; LIMA, 2017, p. 964-968).

Três dos artigos citaram os termos *estado de exceção*, fomentado no Brasil pelas prisões preventivas (artigos 11, 14 e 15).

O primeiro desses relaciona que há indeterminação entre o político e o jurídico nas decisões judiciais, baseado em estudos de Agamben (2004, p. 11-13, 42-46), a partir da criação de um estado de emergência permanente, o que faz desencadear a deslegitimação democrática, principalmente pelo medo social da violência (instrumento político-ideológico). Explica que as decisões judiciais acabam sendo inadequadas, pois partem de pretenso subjetivismo e da filosofia da consciência, o que demonstra falta de maior preparo técnico dos magistrados. Ilustra que se exigem cada vez mais a racionalidade e a

cientificidade, a fim de se afastar medidas arbitrárias, o que somente se alcançaria na interpretação técnica, prudente e ética.

O artigo 14 enfatiza que o rompimento ao princípio da excepcionalidade (fruto de mentalidade autoritária), com a prevalência do interesse difuso da segurança pública diante dos direitos e garantias individuais da liberdade, reduz o conceito de democracia à mera aparência, tese esposada por Ferrajoli (2001, p. 770-772).

Já o artigo 15 traça relação entre a existência de estado de exceção na democracia contemporânea e a seletividade do sistema penal, diante da aplicação da prisão preventiva de forma indiscriminada e direcionada aos denominados *não consumidores* ou *consumidores precários*, como regra, como forma de controle social. Menciona que o indício dessa relação está refletido nas características físicas e sociais da maior parte dos encarcerados e, ainda, que, por esse ponto de vista, o estado de exceção confunde-se com a própria norma, paradigma do governo e, por isso, torna-se impossível se questionar a legalidade ou não de tal decisão judicial, sendo exemplos, a prática de torturas e assassinatos por agentes do Estado em áreas periféricas das maiores cidades e nas penitenciárias. Por fim, demonstra, baseado na teoria crítica do direito penal, a seletividade do sistema, principalmente pela incapacidade operativa dos órgãos estatais em comparação ao exercício de poder criminalizante programado pelo sistema. Essas relações e efeitos são detalhados por Baratta (2011, p. 162-165, 206).

Acompanhando a mesma crítica, embora indireta, outros seis artigos (artigos 3, 6, 7, 8, 10, 11) focam no entendimento do que seria a garantia da ordem pública, fazendo concluir que as prisões têm usos indiscriminados e sem uma técnica mais apurada e uniforme, mesma conclusão que alcançou Choukr (2011, p. 80-88) quando realizou extenso estudo jurisprudencial.

Foram expostos, pela maior parte dos trabalhos, que os motivos inapropriados encontrados em decisões judiciais utilizados para se delimitar a garantia da ordem pública são: clamor social ou público, influência da mídia ou exposição midiática, comoção pública ou repercussão social (artigos 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 15), exatamente por ter caráter de antecipação de pena e de interesse na satisfação momentânea e superficial da sensação de segurança deturpada, fatores também criticados por diversos doutrinadores (MATHIESEN, 2003, p. 89-103; GOMES, ALMEIDA, 2013, p. 19-24; MARCÃO, 2017, p. 732; LIMA, 2017, p. 964; LOPES JÚNIOR, 2018, p. 652-653); gravidade abstrata do delito ou menção literal do contexto legal, meras conjecturas, expressão de mero apelo retórico, consequências hipotéticas ou naturais, consequências intrínsecas ao delito ou outros fundamentos genéricos (artigos 3, 6, 7, 9, 11), assim como informam Mirabete (2008, p. 391-392), Marcão (2017, p. 732) e Lima (2017, p. 966); *modus operandi*, circunstâncias do crime ou gravidade em concreto (artigos 6, 11); ou presumida reiteração criminosa (artigo 8).

Três dos artigos consideram que o elemento da garantia da ordem pública é inconstitucional (artigos 1, 7, 15), tendo em vista os argumentos de que viola o princípio da presunção da inocência, da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade. Informam que ele não tem cunho instrumental e cautelar, e sim o fim de acautelar a sociedade e realizar controle social, sendo responsável por reafirmar o caráter seletivo do sistema penal. Tal entendimento é compartilhado por Lopes Júnior (2018, p. 650). Ferrajoli (2001, p. 770) e Hassemer (2003, p. 117-119), que tratam a garantia da ordem pública como fundamento ilegítimo. Outros assentam ao contrário, por sua constitucionalidade (MARCÃO, 2017, p. 713; LIMA, 2017, p. 45). O artigo 15 conclui que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública tem o fim de garantir o pleno funcionamento do sistema de consumo capitalista e de proporcionar o falso sentimento de segurança da população.

Os artigos 6 e 9 concluem que a garantia da ordem pública deve ser interpretada restritivamente, e somente teria legitimidade na hipótese de periculosidade do agente, interpretada como indivíduo perigoso que possa voltar a delinquir, violando-se assim a paz social. Seria a possibilidade concreta de o agente reiterar a conduta delituosa. Defendem tal posição doutrinária: Mirabete (2008, p. 391); Bonfim (2015, p. 594); Avena (2015, p. 1028); e Marcão (2017, p. 731).

Lima (2017, p. 964-968) interpreta o termo como "risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados ao delito cometido [...]".

Já o artigo 8 estabelece que somente seria legítimo o cenário acima exposto caso haja provas concretas de que houve descumprimento de medida cautelar anteriormente determinada, como no caso de descumprimento de medidas protetivas de urgência e, para alguns autores (BONFIM, 2015, p. 597; LOPES Júnior 2018, p. 641), somente se a pena cominada máxima fosse superior a quatro anos. Marcão (2017, p. 728) e Lima (2017, p. 838-842, 853) defendem a viabilidade jurídica de se decretar a prisão, nesses casos, mesmo sendo a pena igual ou inferior ao tempo descrito, em face do fundamento da coercibilidade das medidas cautelares, comedido pelo princípio da proporcionalidade.

O artigo 11 trata da necessidade de motivação das decisões judiciais, de forma concreta, relacionando os fatos e o direito de maneira coordenada. O intérprete da lei não deve se ater ao medo social da violência, que pode ser manipulado ideologicamente, principalmente pelos meios de informação, devendo ter compreensão crítica da realidade prisional. Considera determinados vícios de motivação, apontando a inexistência ou a aparência de motivação, o que se parece mais comum nas fundamentações em abstrato, por não haver correlação lógica entre a

norma e o caso em concreto. Outros artigos (artigos 2, 3, 9, 16) tratam indiretamente do tema, mencionando que, em muitas das decisões judiciais, a motivação é inadequada ou inexistente.

A motivação das decisões judiciais, ainda mais, a que decreta a prisão, por sua excepcionalidade, revela-se obrigatória. Deve ser indicado nos autos dos quais se extraíram os fundamentos (MARCÃO, 2017, p. 740). Exige-se uma técnica para isso, de forma que se tratem especificamente as questões de fato e de direito que constituem o objeto da controvérsia (GIACOMOLLI, 2013, p. 77; LIMA, 2017, p. 995).

Seis dos artigos (2, 6, 7, 11, 15 e 16) esclarecem que o requisito da excepcionalidade frente às demais cautelares, previsto no art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, não tem sido cumprido pelo Poder Judiciário. Os principais argumentos utilizados nos trabalhos estudados, quando da análise de decisões ou do contexto de um trabalho bibliográfico, cingiram na não análise ou a não motivação em concreto da possibilidade de substituição, ou o fato da forte pressão e repercussão da mídia, ou, ainda, o fato de a população desejar uma condenação instantânea. O artigo 15 denominou como *falsa consciência esclarecida* a relação entre estado de exceção e o cinismo presentes na cultura institucional e inquisitorial do Poder Judiciário e pelo imaginário social brasileiro.

O termo *condenação antecipada* também é utilizado como fundamento (artigos 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11 e 16), principalmente no sentido de violação constitucional do princípio da presunção da inocência, a partir da prisão preventiva em algumas situações.

O artigo 1 descreve que a prisão preventiva parece ter caráter preventivo e retributivo, já que o suspeito é castigado antes de ser condenado, e anota que ele deveria cumprir medida em instituição especial e não em lugar idêntico ou pior ao ocupado pelo preso condenado definitivamente. Esse argumento foi exposto por Ferrajoli (2001, p. 775-777). Essa alegação também é enfatizada no artigo 16.

Os artigos 2, 7, 10 e 11 informam que somente o clamor social não pode servir de instrumento coletivo de satisfação de anseio coletivo de punição antecipada e estaria bem próxima de justiça sumária.

O artigo 3 traz a reflexão de que a prisão preventiva não pode ser antecipação de pena ou prestação punitiva do Estado, relacionando atos de imprensa por ferir o direito ao silêncio do acusado, ofender seu direito de imagem, e elaborar um juízo de valor sobre ele como criminoso, rotulando-o já na investigação.

Os artigos 5, 8 e 9, ao tratarem da garantia da ordem pública, mencionam que uma de suas facetas é o caráter de antecipação da pena, principalmente por não ser instrumental ao processo. Esse contexto também é descrito por estudiosos (LIMA, 2017, p. 875-876; LOPES JÚNIOR, 2018, p. 649-650).

## 3 RESULTADOS: DA ANÁLISE DOS JULGADOS

Dos 25 acórdãos do Supremo Tribunal Federal analisados, todos em *habeas corpus*, envolvendo a tese da garantia da ordem pública como motivos principais da prisão preventiva, 21 deles foram denegados ou não conhecidos e, dessa forma, mantida a prisão preventiva pela garantia da ordem pública, e 3 tiveram a ordem concedida, para a libertação imediata, com a autorização ao juiz para aplicação ou não de medidas cautelares diversas da prisão, e 1 teve a ordem concedida de ofício para a conversão em prisão domiciliar.

Os referidos processos relacionavam-se aos seguintes tipos penais: 4 por roubo majorado, 1 por roubo impróprio, 1 por tentativa de latrocínio, 1 por sonegação fiscal de contribuições previdenciárias, 1 por lavagem de dinheiro, 6 por tráfico de drogas, 4 envolvendo tráfico de drogas e associação criminosa, 6 por homicídio qualificado, 1 por porte ilegal de arma de fogo, munições e artefatos explosivos restritos.

Portanto, pode-se asseverar que todos os casos envolvem hipóteses tipificadas graves, embora a gravidade em abstrato não seja parâmetro para a decretação de prisão preventiva, segundo entendimento da própria Corte (julgados 15, 19 e 23).

Para fins de melhor ordenação, com o foco no cumprimento aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da necessidade da motivação das decisões judiciais, fruto do sistema acusatório constitucional, desenvolveu-se uma classificação de conceitos utilizados para delimitar, em cada caso em concreto, o elemento da garantia da ordem pública.

Por consequência, os argumentos fáticos e/ou jurídicos que fazem parte de uma cadeia de fundamentos técnicos podem ser classificados de acordo com a quantidade de ligações que fazem com outros argumentos, na seguinte forma: primários, secundários, terciários e quaternários.

Os principais motivos diretos utilizados pela Corte Suprema para o embasamento da *garantia da ordem pública*, o que se denomina, para fins de classificação de *primários*, foram, em critério único ou em conjunto, conforme uso expresso do termo: a) *gravidade em concreto* da conduta ilícita (4 julgados, sendo: 2, 4, 5, e 25); b) *periculosidade do agente* (21 julgados, sendo: 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24 e 25); c) possibilidade de *reiteração* (16 julgados, sendo: 1, 2, 4, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 22, 24 e 25); d) fato de ter permanecido preso preventivamente durante o transcorrer do processo (6 julgados, sendo: 1, 6, 18, 20, 21 e 25); e e) *clamor social* (1 julgado, sendo: 21). Destaque-se que a maior parte dos julgados foi fundamentada na periculosidade e no risco de reiteração.

São elementos *secundários* (os que fundamentaram os termos acima):

Os argumentos defendidos para se determinar a *gravidade em concreto do crime* são: a) circunstâncias do crime (2 julgados, sendo: 2 e

25); b) *modus operandi* (2 julgados, sendo: 5 e 25); e c) suspeita concreta de participação em organização criminosa (2 julgados, sendo 4 e 5).

Os argumentos diretos utilizados para embasar a *periculosidade do agente* foram: a) *modus operandi* (1 julgado, sendo: 6); b) *circunstâncias do crime* (3 julgados, sendo: 2, 4, 6); c) *gravidade concreta do crime* (18 julgados, sendo: 1, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24 e 25). Portanto, a maior parte dos julgados entende que o argumento principal para a análise da periculosidade encontra-se no termo *gravidade concreta do crime*.

Os fundamentos mencionados para se determinar o *risco de reiteração delituosa* foram: a) habitualidade pela gravidade em concreto do delito (13 julgados, sendo: 2, 4, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 20, 24 e 25); b) habitualidade por registro oficial de outro(s) fato(s) delituoso(s) (8 julgados, sendo: 1, 8, 13, 14, 17, 22, 24 e 25).

Todos os julgados que fundamentaram presentes o elemento da garantia da ordem pública sob os argumentos de o "fato da habitualidade por registro oficial de outro(s) fato(s) delituoso(s)", defenderam a presença do termo periculosidade e/ou gravidade concreta do crime.

Os argumentos diretos utilizados para embasar o "fato de ter permanecido preso preventivamente durante o transcorrer do processo" foram: a) *encerrada a instrução criminal* (2 julgados, sendo: 18 e 21); b) *condenado em 1º grau de jurisdição* (2 julgados, sendo: 20 e 25); c) *condenado em 2º grau de jurisdição* (2 julgados, sendo: 1 e 6).

O julgado que se fundamentou no termo *clamor social* baseou-se na divulgação pela mídia do fato. Observa-se que tal motivação não advém do vazio. Observa-se que se revela secundária, pois o principal motivo da segregação foi a periculosidade do agente.

Na sequência, analisam-se os argumentos *terciários* e *quaternários*. Como os argumentos da cadeia secundária se misturam ou se assemelham aos outros, relacionados à base primária, o que se faz

denotar certa despadronização nos julgados, a análise dos seguintes far-se-á de modo compacto, sem repetições.

Como exemplos, entenderam-se presentes os conceitos da *circunstância do crime* e *modus operandi*[1], pelos seguintes motivos:

a) Elemento terciário: *expressiva ou variada quantidade de droga apreendida*. Base quaternária (julgados 3, 7, 9, 10, 14, 18): 87,9 gramas de cocaína e 44,10 gramas de maconha, mais anotações referentes ao comércio e apreensão de certa quantia em dinheiro (julgado 3); 8 kg de maconha (julgado 7); 2.880 gramas de cocaína, mais transporte de droga internacional, contratado por R$ 2.000,00 (julgado 9); 4.600 gramas de cocaína, 7 pontos de LSD, 25 comprimidos de ecstasy, 1 papelote de cocaína e 500 gramas de maconha, durante transporte entre Estados a receber R$1.000,00 (julgado 10); 51 papelotes de crack e 20 papelotes de maconha (julgado 14); 577, 45 gramas de cocaína, mais forma de acondicionamento e transporte, e quantidade de dinheiro apreendido (julgado 18). Nos julgados 15 e 19, entendeu-se que a quantidade de drogas apreendida era insuficiente para se determinar a gravidade em concreto do crime - 12 porções (2,9 g) de crack e 3 porções (5,1g) de cocaína (julgado 15); e 7,5 gramas de maconha (julgado 19), motivo da concessão da ordem de soltura. Verifica-se que, no julgado 23, não se mencionou qual seria a quantidade de droga apreendida, sendo que a ordem para a liberdade foi concedida, por se ter entendido a fundamentação do juiz como genérica.

b) Elemento terciário: *fazer parte de quadrilha ou organização criminosa ou grupo criminoso*. Base quaternária (julgados 2, 4, 5, 7, 12, 13): ser articulador intelectual de crime em contexto de organização criminosa (julgado 2); participação em organização criminosa de grande

[1] Para fins de se manter uma coerência, embora possa haver diferenças etimológicas, verifica-se que os termos *circunstância do crime* e *modus operandi* foram utilizados com o mesmo significado pela Corte ou de forma genérica.

poder delituoso com domínio do Estado do MT, na exploração de jogos de azar, e na prática de homicídios a quem prejudicasse ou ameaçasse as atividades, com a contratação de pistoleiros (julgado 5); grupo criminoso ter a participação de outros sete participantes, caracterizada por ações ramificadas em vários municípios do RS (julgado 7); organização criminosa que distribui drogas em vários municípios e em estabelecimentos prisionais do Estado de PE e utilizava terminal telefônico dentro do estabelecimento para se comunicar com os demais integrantes (julgado 12); grupo criminoso voltado à supressão de tributos, com o fisco federal e estadual, alcançando bilionários valores de forma habitual durante décadas (julgado 13). Os julgados (2 e 4) não especificaram o elemento quaternário referido com maior detalhamento, embora no julgado 4 tenha sido anotada outra circunstância que denota de forma concreta a existência de outro elemento relevante.

c) Elemento terciário: *demonstração extrema de violência.* Base quaternária (julgados 1, 5, 6, 11, 16, 17, 20, 21, 22 e 24): grave ameaça com uso de arma de fogo e concurso de pessoas em roubo em comércio (julgado 1); prática de homicídio com a contratação de pistoleiros de forma habitual (julgado 5); grave ameaça com uso de arma de fogo e concurso de agentes durante transporte de valores de empresa, com planejamento prévio com envolvimento do subgerente de loja, e com disparos de arma de fogo (julgado 6); demonstração de extrema violência e uso de arma de fogo para matar a vítima (julgado 11); guarda municipal que depois de discussão efetuou disparos contra a vítima com uso de arma de fogo (julgado 16); espancamento brutal e depois atingiu a vítima por diversos disparos de arma de fogo (julgado 17); graves ameaças com uso de arma de fogo e tendo um comparsa adolescente, em pequena cidade do interior, em local pacato (julgado 20); de forma cruel e contra a vítima grávida, tendo deixado a porta aberta para a entrada de contratados que amarraram a vítima e a esfaqueado com vários golpes

(julgado 21); subtração de bens de turista e emprego de grave ameaça depois dos fatos (julgado 22); atentado à vida de duas pessoas em razão de desavenças subjacentes ao tráfico de drogas (julgado 24). Os julgados (8 e 11) não especificaram ou pouco detalharam o referido elemento quaternário; porém, verifica-se que estes, acompanhados dos julgados (1, 5, 16, 17, 22 e 24) tiveram outros elementos (secundários/terciários) que, em conjunto, propiciaram a decretação da prisão provisória, como a habitualidade diante de registros oficiais. Os julgados (1, 6, 20, 21) foram influenciados ainda pelo fato de o acusado ter respondido preso o processo.

d) Elemento terciário: *uso de prestígio e influência política*. Base quaternária (julgado 25): uso do cargo público, como Deputado Federal, para obter vantagens ilícitas em transações por empresas privadas junto a órgãos da Administração Pública; benefício pessoal no uso de valores ilegalmente percebidos no financiamento de campanhas políticas no certame de 2012. Referido julgado teve outros elementos (secundários/terciários) que, em conjunto, propiciaram a decretação da prisão provisória, como a habitualidade diante de registros oficiais e por ter permanecido preso durante a instrução processual.

e) Elemento terciário: "expressiva quantidade de armas, munições ou artefatos, de uso restrito, apreendidos". Base quaternária (julgado 4): apreensão de 4 coletes balísticos, toucas, luvas, 1 fuzil, municiado com 35 cartuchos e 3 *bananas de dinamite*. Referido julgado teve outro elemento (secundário/terciário) que, em conjunto, propiciou a decretação da prisão provisória, como a participação em organização criminosa.

Verifica-se que a maior parte dos fundamentos utilizados pela Corte transmuda um fator em outro, como que tivessem o mesmo significado ou levassem ao mesmo resultado contextual, ou utiliza mais de um fator primário ou secundário, como se percebe nas tabelas 2, acima, e 3, abaixo.

**Tabela –3** Quadro sinóptico dos elementos primários e secundários identificados

| FATOR PRIMÁRIO / JULGADOS | FATOR SECUNDÁRIO / JULGADOS |
|---|---|
| Gravidade em Concreto da Conduta<br>Julgados 2, 4, 5 e 25 | • Circunstâncias do crime / julgados 2 e 25.<br>• Modus operandi / julgados 5 e 25.<br>• Organização Criminosa / julgados 4 e 5. |
| Periculosidade do Agente<br>Julgados 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24 e 25 | • Circunstâncias do crime / julgados 2, 4 e 6.<br>• Modus operandi / julgado 6;<br>• Gravidade em concreto / julgados 1, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24 e 25. |
| Risco de Reiteração Criminosa<br>Julgados 1, 2, 4, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 22, 24 e 25 | • Habitualidade pela gravidade em concreto da conduta / julgados 2, 4, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 20, 24 e 25.<br>• Habitualidade por registro oficial de outro(s) fato(s) / julgados 1, 8, 13, 14, 17, 22, 24 e 25. |
| Preso Durante o Processo<br>Julgados 1, 6, 18, 20, 21 e 25 | • Encerrada a instrução criminal / julgados 18 e 21.<br>• Condenado em 1º grau de jurisdição / julgados 20 e 25.<br>• Condenado em 2º grau de jurisdição / julgados 1 e 6. |
| Clamor Social / Julgado 21 | • Divulgação de fato pela mídia / julgado 21. |

**Fonte:** Elaborada pelos autores (2018), com base em dados obtidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de revisão sistemática de jurisprudência e classificação dos fundamentos em cadeia.

A partir das classificações utilizadas acima, pode-se asseverar que embora as decisões analisadas, em sua maior parte, estejam fundamentadas concretamente, e exponham situações, não somente abstratas, mas concretas, de forte gravidade, e que embasam a garantia da ordem pública com denotada razoabilidade, há certa despadronização de fundamentos técnicos, o que pode prejudicar a análise das motivações e, por conseguinte, da ampla defesa, o que demanda maior tecnicidade, a fim de sistematizar a cadeia de fundamentos jurídicos e fáticos.

## 4 DA REINTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS E PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

Os artigos analisados ou interpretam a garantia da ordem pública de forma restritiva, ou a excluem do fundamento para a prisão preventiva. A Corte Suprema do País adota a primeira tese, como se demonstrou com a análise dos julgados.

Mesmo parte da doutrina que anui por sua exclusão (LOPES Júnior, 2018, p. 639) sustenta que poderia ser admitida, porém, somente quando apoiado em situações fáticas e em provas que demonstrem suficientemente os motivos e a necessidade de aplicação da medida (TARUFFO, 2012, p. 112-114; GIACOMOLLI, 2013, p. 77-78).

Dessa forma, o elemento da garantia da ordem pública tem seu uso legitimado apenas na hipótese de risco de reiteração delituosa, fundada na periculosidade do agente, como seu âmago ou ponto essencial. Esses dois termos, embora utilizados sem maior sistematização pela Corte Judicial estudada, denotam ser os fundamentos únicos para a segregação excepcional, no que concerne ao elemento da garantia da ordem pública, com fulcro em grande parte dos artigos analisados, principalmente para não gerar o que se denomina *condenação antecipada*, ou *banalização da prisão cautelar*, no sentido de não violação constitucional ao princípio da presunção relativa da inocência.

Como elementos primários, estabelecem-se três fundamentos: habitualidade diante da gravidade em concreto da conduta delituosa; habitualidade por registro oficial de outro(s) fato(s) delituoso(s); e habitualidade fundamentada na decisão anterior que gerou a prisão durante o processo. Este último, no entanto, é subsidiário, a partir da prolação de decisões em grau de recurso ou em hipótese de julgamento de HC pelos Tribunais, pois tem como fundamento principal um ou ambos os fundamentos anteriores.

A habitualidade, diante da gravidade em concreto da conduta delituosa, com base nas circunstâncias do crime e/ou o *modus operandi,* tem como elementos secundários, conforme lista exemplificativa: a expressiva variedade e/ou quantidade de droga apreendida; indícios fortes de fazer parte de organização criminosa; demonstração indiciária de extrema violência; indícios fortes de uso de prestígio e influência política; e expressiva quantidade de armas e/ou munições e/ou artefatos explosivos apreendidos.

A habitualidade, por registro oficial de outro(s) fato(s) delituoso(s), tem como elemento secundário: a reincidência; os antecedentes criminais; o fato de estar respondendo outra ação penal; o fato de ter sido condenado em 1º ou 2º grau em outra ação penal; o fato de estar sendo investigado em outro inquérito policial.

Os elementos terciários definem exatamente o fato em concreto que caracteriza o fator anterior. Propõe-se a seguinte sistematização, conforme tabela a seguir.

**Tabela 4** – Quadro sinóptico dos elementos primários, secundários e terciários identificados

| GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA | | |
|---|---|---|
| RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA FUNDADA NA PERICULOSIDADE DO AGENTE | | |
| **Fator primário** | **Fator secundário** | **Fator terciário - alguns exemplos** |
| Habitualidade pela gravidade em concreto da conduta (circunstâncias do crime ou *modus operandi*) | • Expressiva quantidade e/ou variedade de droga apreendida. | • 87,9 gramas de cocaína e 44,10 gramas de maconha, mais anotações referentes ao comércio e apreensão de certa quantia em dinheiro (julgado 3).<br>• 8 kg de maconha (julgado 7).<br>• 2.880 gramas de cocaína, mais transporte de droga internacional, contratado por R$2.000,00 (julgado 9);<br>• 4.600 gramas de cocaína, 7 pontos de LSD, 25 comprimidos de ecstasy, 1 papelote de cocaína e 500 gramas de maconha, durante transporte entre Estados a receber R$1.000,00 (julgado 10). |

| | | |
|---|---|---|
| | | • 51 papelotes de crack e 20 papelotes de maconha (julgado 14).<br>• 577,45 gramas de cocaína, mais forma de acondicionamento e transporte, e quantidade de dinheiro apreendido (julgado 18). |
| | • Fazer parte de organização ou grupo criminoso. | • Ser articulador intelectual de crime em contexto de organização criminosa (julgado 2).<br>• Participação em organização criminosa de grande poder delituoso com domínio do Estado do MT, na exploração de jogos de azar e na prática de homicídios a quem prejudicasse ou ameaçasse as atividades, com a contratação de pistoleiros (julgado 5).<br>• Grupo criminoso que contava com ~~ter~~ a participação de outros sete participantes, caracterizada por ações ramificadas em vários municípios do RS (julgado 7).<br>• Organização criminosa que distribui drogas em vários municípios e em estabelecimento prisionais do Estado de PE; utilizava terminal telefônico dentro do estabelecimento para se comunicar com os demais integrantes (julgado 12).<br>• Grupo criminoso voltado à supressão de tributos, com o fisco federal e estadual, alcançando bilionários valores de forma habitual durante décadas (julgado 13). |
| | • Demonstração de extrema violência. | • Grave ameaça com uso de arma de fogo e concurso de pessoas em roubo em comércio (julgado 1).<br>• Prática de homicídio com a contratação de pistoleiros de forma habitual (julgado 5).<br>• Grave ameaça com uso de arma de fogo e concurso de agentes durante transporte de valores de empresa, com planejamento prévio e envolvimento do subgerente de loja, e com disparos de arma de fogo (julgado 6).<br>• Demonstração de extrema violência e uso de arma de fogo para matar a vítima (julgado 11).<br>• Guarda municipal que, depois de discussão, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima (julgado 16).<br>• Espancamento brutal e depois atingiu a vítima por diversos disparos de arma de fogo (julgado 17).<br>• Graves ameaças com uso de arma de fogo e tendo um comparsa adolescente, em pequena cidade do interior, em local pacato (julgado 20).<br>• De forma cruel e contra a vítima grávida, tendo |

| | | |
|---|---|---|
| | | deixado a porta aberta para a entrada de contratados que amarraram a vítima e a esfaquearam com vários golpes (julgado 21);<br>• Subtração de bens de turista e emprego de grave ameaça depois dos fatos (julgado 22).<br>• Atentado à vida de duas pessoas, em razão de desavenças subjacentes ao tráfico de drogas (julgado 24). |
| | • Uso de prestígio e influência política. | • Uso do cargo público, como Deputado Federal, para obter vantagens ilícitas em transações por empresas privadas junto a órgãos da Administração Pública (julgado 25).<br>• Benefício pessoal no uso de valores ilegalmente percebidos no financiamento de campanhas políticas no certame de 2012 (julgado 25). |
| | • Expressiva quantidade e/ou variedade e/ou de qualidade restrita, de armas, munições ou artefatos apreendidos. | • Apreensão de 4 coletes balísticos, toucas, luvas,1 fuzil, municiado com 35 cartuchos e 3 "bananas de dinamite" (julgado 4). |
| Habitualidade por registro oficial de outro(s) fato(s) delituoso(s) | • Reincidente. | • Descrição conforme certidão que relacione o(s) processo(s), seus dados, tipos penais, data de trânsito em julgado, etc. |
| | • Antecedentes criminais. | • Descrição conforme certidão que relacione o(s) processo(s), seus dados, tipos penais, data de trânsito em julgado, etc. |
| | • Condenado provisoriamente. | • Descrição conforme certidão que relacione o(s) processo(s), seus dados, tipos penais, data da condenação, etc. |
| | • Responde outra(s) ação(ões) penal(is). | • Descrição conforme certidão que relacione o(s) processo(s), seus dados, tipos penais, data da denúncia, se já houve instrução, nº de réus, considerações sobre cartas precatórias, nº testemunhas, complexidade dos fatos; etc. |
| | • Investigado em outro(s) delito(s). | • Descrição conforme certidão que relacione o(s) procedimentos, o fato de ter sido indiciado ou ser suspeito, em inquérito policial, da prática de crime de categoria média, grave ou violento, seus dados, tipos penais, data da instauração, nº de indiciados, considerações sobre cartas precatórias ou outras provas, complexidade dos fatos; etc. |
| Prisão Durante o | • Condenado em 2º | • Não há excesso de prazo se a demora no julgamento |

| | | |
|---|---|---|
| Processo (Decisões em grau de recurso ou em hipótese de HC nos Tribunais). | grau de jurisdição (relaciona-se ao mesmo processo e ao tempo razoável de duração). | dos recursos de apelação tem origem no direito à ampla defesa e na complexidade do caso – prisão em 30/7/2015 (pedidos da defesa para degravação das mídias que continham o arquivo audiovisual do interrogatório dos réus, deferido em 11/4/2016; solicitação de perícia técnica nas mídias, determinada em 4/7/2016) (julgado 5).<br>• Descrição conforme certidão que relacione o(s) processo(s), seus dados, tipos penais, data da prisão, data da denúncia, data da condenação, data do julgamento do recurso, etc. |
| | • Condenado em 1º grau de jurisdição (relaciona-se ao mesmo processo e ao tempo razoável de duração). | • Descrição que relacione os dados do processo, data da prisão, data dos atos processuais, como da denúncia e data da condenação, e dados que revelem complexidade do processo ou atos protelatórios da defesa (nº de réus, considerações sobre cartas precatórias, nº testemunhas; etc.). |
| | Encerrada a instrução processual / pronunciado(relaciona-se ao mesmo processo e ao tempo razoável de duração). | • Não há excesso de prazo – 5/2014 a 8/2016 – diante da complexidade do feito e diante de vários pedidos e incidentes requeridos pela própria defesa, tais como dependência toxicológica, perícia de filmagens, suspeição de peritos (julgado 21);<br>• Não há excesso de prazo, embora preso há mais de três anos (complexidade e gravidade dos fatos, nº de 2 crimes, quantidade de 3 réus, impetração de RESE da decisão de pronúncia (um voto contrário) (julgado 24).<br>• Descrição que relacione os dados do processo, data da prisão, os tipos penais, datas dos atos processuais, especialmente da denúncia, data do encerramento da instrução, e dados que revelem complexidade do processo ou atos protelatórios da defesa (nº de réus, considerações sobre cartas precatórias, nº testemunhas; etc.). |

**Fonte**: Elaborada pelos autores (2018), com base na reinterpretação de dados obtidos nos achados doutrinários e jurisprudenciais.

## 5 CONCLUSÃO

Várias publicações científicas e a jurisprudência da Corte Suprema nacional estabelecem que a prisão provisória é medida cautelar excepcional (art. 5º, LVII, da Constituição da República). Já tendo essa

qualidade, o sistema de cautelares processuais penais prevê a excepcionalidade frente às demais cautelares (art. 282, § 6º, do CPP).

Porém, parte dos artigos analisados enfatiza que está ocorrendo o uso indiscriminado da prisão preventiva pelo Poder Judiciário, e as principais causas de tal banalização, segundo termo usado em alguns achados, seja para sua decretação, seja para sua manutenção em excesso de prazo, são: elemento da garantia da ordem pública ser interpretado de maneira extensiva, por ausência de motivação ou indicando elementos abstratos e/ou não razoáveis; fato de se alegar que a garantia da ordem pública não é medida cautelar e não deveria ter fundamento; demora na prestação jurisdicional; falta da capacidade operativa e técnica das polícias, o que colabora para a seletividade do sistema penal; falta de acesso à Defensoria Pública da população mais desfavorecida; não observância da subsidiariedade da medida cautelar de prisão diante das outras medidas; ausência de meios eficientes para a aplicação de outras medidas cautelares; deslegitimação democrática, principalmente pelo medo social da violência, usado como instrumento político-ideológico; prevalência do interesse difuso da segurança pública diante do direito e garantias individuais da liberdade.

Vários dos artigos científicos criticaram o uso de fundamentos como clamor social ou público, influência da mídia ou exposição midiática, comoção pública ou repercussão social. Esses fundamentos não são utilizados pela Corte Suprema para a fundamentação de suas decisões judiciais, exceto em um caso, mas foi de modo secundário e não teve relevância, tendo em vista outros motivos para a manutenção da prisão. O motivo principal demonstrado, sendo este pertinente, revela que o fundamento no clamor social fomenta o caráter de antecipação de pena e de interesse na satisfação momentânea e superficial da sensação de segurança deturpada.

A generalização e a abstração dificultam a análise das decisões, por possuírem motivações muitas das vezes obscuras ou imprecisas, carreando para a desigualdade material e passível de maior grau de equívocos. Por sua vez, a análise dos julgados demonstrou a não sistematização e certa desordem no uso dos vocábulos, o que pode dar ensejo a dubiedades de interpretação.

Embora alguns artigos publicados concluam que o elemento da garantia da ordem pública devesse ser excluído e não utilizado para segregar pessoas, pelo especial argumento de que tem conceito generalista e aberto e possa ser direcionado, conforme convicções político-ideológicas, e ainda por não ter conteúdo extraprocessual, o Supremo Tribunal Federal faz interpretação restritiva do termo, também defendido por alguns achados científicos, tendo o seu uso legitimado na hipótese de risco de reiteração delituosa, fundada na periculosidade do agente, a fim de se preservar a paz social.

Esses dois termos, embora utilizados sem uma sistematização pela Corte Judicial estudada, o que pode gerar erros técnico-judiciais, denotam ser os fundamentos únicos para a segregação excepcional, no que concerne ao elemento da garantia da ordem pública, principalmente para não gerar o que se denomina *condenação antecipada*, no sentido de não violação constitucional do princípio da presunção da inocência.

A partir daqui, com base na sistematização pretendida, a fim de melhor ordenar os termos em decisões judiciais, especialmente da garantia da ordem pública, com o foco no cumprimento aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da necessidade da motivação das decisões judiciais, fruto do sistema acusatório constitucional, em cada caso em concreto, delimitaram-se os argumentos fáticos e/ou jurídicos utilizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, fazendo parte de uma cadeia de fundamentos técnicos que podem ser classificados de acordo com a quantidade de ligações que fazem com outros argumentos, na seguinte forma: primários, secundários, terciários, etc.

Como elementos primários, estabeleceram-se três fundamentos: habitualidade diante da gravidade em concreto da conduta delituosa; a habitualidade por haver registro oficial de outro(s) fato(s) delituoso(s); e habitualidade presumida decorrente de decisão anterior que decretou prisão, tendo assim permanecido durante o processo.

A habitualidade diante da gravidade em concreto da conduta delituosa, com base nas circunstâncias do crime e/ou o *modus operandi*, tem como elementos secundários, em lista exemplificativa: a expressiva variedade e/ou quantidade de droga apreendida; indícios fortes de fazer parte de organização criminosa; demonstração indiciária de extrema violência; indícios fortes de uso de prestígio e influência política; e expressiva quantidade de armas e/ou munições e/ou artefatos explosivos apreendidos.

A habitualidade, por haver registro oficial de outro(s) fato(s) delituoso(s), tem como elemento secundário a reincidência; os antecedentes criminais; o fato de estar respondendo a outra ação penal; o fato de ter sido condenado em 1º ou 2º grau em outra ação penal; o fato de estar sendo investigado em outro inquérito policial.

A habitualidade presumida, decorrente de decisão anterior que decretou prisão, tendo assim permanecido durante o processo, tem como fatores secundários: ter sido condenada em 2º grau de jurisdição; ter sido condenada em 1º grau de jurisdição; e encerrada a instrução processual ou ter sido pronunciado.

Os fatores terciários são os argumentos principais a estarem descritos nas decisões judiciais, pois expõem os dados fáticos que caracterizam o fator anterior, viabilizando o controle e a preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme exemplificado na tabela 5, descrita no item anterior.

Seguindo tais fatores, como um método a ser adotado, entende-se que os aspectos da exegese da garantia da ordem pública fomentarão

uma maior padronização e propiciarão melhores perspectivas de segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AVENA, Noberto Claúdio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Junho de 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 15 dez. 2016.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 dez. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941:** Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689 Compilado.htm. Acesso em: 1 dez. 2016.

BRASIL. **Lei 12.403, de 4 de maio de 2011:** altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 1 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 133.210/SP**. Paciente: Evandro Henrique da Silva. Impetrante: João Maciel de Lima Neto. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRIS%C3O+PREVENTIVA+E+GARANTIA+DA+ORDEM+P%DABLICA%29%28%40JUL

G+%3E%3D+20160701%29%28%40JULG+%3C%3D+20161231%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlqtk33. Acesso em: 10 jan. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

LAZZARINI, Alvaro et al. Limites do poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, RJ: Fundação Getúlio Vargas-FGV, v. 198, out./dez. 1994, p. 69-83. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46412/46739. Acesso em: 1 dez. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

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

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI**: abolição, um sonho impossível? **Verve.** Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (4), 80-111, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA FILHO, João. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Vol. XXXV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

ROLLAND, Louis. **Précis de droit administratif**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1947.

SAMPAIO, R. F.; MANCINI, M. C. Estudos de revisão sistemática: um guia para síntese criteriosa da evidência científica. **Revista Brasileira de Fisioterapia**, São Carlos, v. 11, n. 1, p. 83-89, jan./fev. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbfis/v11n1/12.pdf. Acesso em: 1 dez. 2016.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Madri: Marcial Pons, 2012.

VEDEL, Georges. **Droit administratif**. 5. ed. Paris: Universitaires de France, 1973.

**Correspondência | *Correspondence:***

Ricardo Gagliardi
Rua 7, n. 600, Praça da Justiça, Centro, CEP 77.725-000. Colméia, TO, Brasil.
Fone: (63) 99979-4719.
Email: gagliardi@tjto.jus.br

Recebido: 11/4/2018.
Aprovado: 13/3/2019.

**Nota referencial:**
Gagliardi, Ricardo; Oliveira, Tarsis Barreto. Prisão preventiva e garantia da ordem pública. **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 21, n. 1, p. 287-328, jan./abr. 2019. Quadrimestral.