

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Manuel Lopes Rodrigues; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-331-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Uma vez mais impossibilitados do encontro presencial em razão da vigência da Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, reunimos, numa tarde de sábado do inverno brasileiro, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tamanha é a envergadura dos trabalhos ora apresentados que a ausência do contato pessoal e do calor dos debates presenciais foi minimizada pela profundidade e qualidade das discussões virtuais que versaram sobre os assuntos doravante apresentados.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, publicado em razão do III Encontro Virtual do Conpedi:

Os autores Filipe Ribeiro Caetano e Carmen Hein De Campos, em A ‘GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA’ COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO PARA A PRISÃO PREVENTIVA, discutem a (in)validade da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (*periculum libertatis*) para a imposição da segregação cautelar. Trata-se, pois, de trabalho crítico quanto às práticas ora vigentes em cotejo com a Constituição Federal de 1988.

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque e Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque, em A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ, sustentam que os procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados em casos de delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinação da medida de pena. Objetiva o artigo, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, assim, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Moraes Silva, em A EVIDENTE AUSÊNCIA DE CELERIDADE NO PROCESSO PENAL: INÚTIL

TENTATIVA DE CELEBRAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, analisam o atraso da prestação jurisdicional e o conseqüente declínio das garantias fundamentais. O marco teórico se sustenta no pensamento Iluminista de Beccaria frente ao autoritarismo de um Estado punitivista. A problemática situa-se na investigação das conseqüências da ausência de celeridade na prestação jurisdicional penal. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que as garantias processuais estatuídas na Carta Constitucional ficam fragilizadas, à medida que o Estado não cumpre metas humanitárias. A nova ordem processual garantista não compactua com a morosidade de um Estado que não prima pela efetividade dos direitos fundamentais.

Gisele Mendes De Carvalho e João Vitor Delantonia Pereira, em A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A RÉUS REINCIDENTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA, externam uma compreensão sobre os fundamentos e os requisitos necessários ao emprego do princípio da insignificância, bem como criticam o entendimento doutrinário e jurisprudencial que nega sua aplicabilidade aos réus reincidentes. Com efeito, estudam o princípio bagatelar como causa de exclusão de tipicidade material, em consonância com a teoria da tipicidade conglobante. Noutra giro, examinam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhendo-se o entendimento da Corte sobre a temática. Por fim, expõem as razões que os levaram a consignar a total viabilidade da aplicação do princípio da insignificância às condutas perpetradas por réus reincidentes.

Cristina de Albuquerque Vieira e Geovana Faza da Silveira Fernandes, em A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E OS DESAFIOS NA GESTÃO DAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS, externam que a necessidade de realização do isolamento social, decorrente do novo coronavírus, ensejou uma migração abrupta do trabalho presencial para o remoto, obrigando o Poder Judiciário a tomar iniciativas imediatas a fim de retomar o andamento dos processos judiciais. Uma das medidas mais impactantes na esfera criminal foi a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça de realização das audiências de modo virtual. Assim, propõem examinar os desafios estruturais, materiais e éticos de implantação das audiências criminais virtuais, bem como algumas estratégias de superação, orientadas ao cumprimento das finalidades para as quais o ato processual se destina.

José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, em A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARSCOV-2, discutem a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Concluem o texto

com o entendimento de que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, não sendo possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário.

Carolina Trevisan de Azevedo, em *A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF*, explora, a partir do HC 188.820 do STF, a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Opta-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Pontua a autora que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Andréa Flores e Karina Ribeiro dos Santos Vedoatto, em *A TUTELA DA DIGNIDADE DAS VITIMAS CRIMINAIS NO DIREITO BRASILEIRO– AVANÇOS E PERSPECTIVAS*, sustentam que, com as atrocidades decorrentes da 2ª Guerra Mundial, inicia-se a busca pela tutela da dignidade das vítimas. A partir daí, pesquisas buscaram identificar a vitimização, suas causas, espécies e consequências, levando ao surgimento de documentos reconhecendo direitos dos ofendidos, que não se mostraram suficientes para tutelá-los. As pesquisas demonstraram que muito deve ser feito no ordenamento jurídico brasileiro, em que, embora haja legislações reconhecendo direitos às vítimas, o caminho a ser percorrido é longo, seja pela edição de legislações, seja pela implementação de políticas públicas.

Yasmin Monteiro Leal e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, em *ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019 E A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NO PROCESSO PENAL*, tecem uma análise crítica da PEC nº 199/2019, que visa antecipar o trânsito em julgado para segunda instância. Para efetivar tal intento, apresentam uma pesquisa qualitativa, alcançada por meio de pesquisa tecnológica, livros e artigos. Apresentam, outrossim, uma síntese do processo penal brasileiro, além de uma cronologia plenária do STF relacionada ao princípio da presunção de inocência e ao momento da execução penal, sem prejuízo da apresentação da referida PEC. Obteve-se, em conclusão, que o atual processo penal influencia para impunidade e insegurança jurídica.

Marcelo de Almeida Nogueira e Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento, em AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, fazem uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade e lembram a incidência grande de reincidência. Nessa ordem de ideias, fazem uma apologia das chamadas penas restritivas de direitos, uma vez que, afinal, a pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Pedro Franco De Lima, Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima, em ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, buscam demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, em que o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS, externa uma problemática radicada na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Isabela Andrezza dos Anjos e Fábio André Guaragni, em CORRUPÇÃO PRIVADA E TRATAMENTO INTERNACIONAL, intentam averiguar qual é o tratamento conferido pelos instrumentos internacionais e pela legislação estrangeira à corrupção e, mais especificamente, à corrupção privada. Para tanto, realizando uma pesquisa explanatória e utilizado como procedimento de pesquisa o bibliográfico e o documental, busca-se compreender como a doutrina vem interpretando o tema e avaliar se existe uma orientação

quanto à criminalização da corrupção privada no âmbito internacional e consenso quanto aos modelos de tipificação. Ao final, foi observada grande heterogeneidade no que diz respeito aos modelos de tipificação.

Gabriela Silva Paixão, em **HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS FUNDAMENTOS E PERMANÊNCIA**, revela que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), um híbrido de hospício e prisão, permanece no Brasil em oposição à desinstitucionalização promovida pela Reforma Psiquiátrica. Diante dessa contradição, a autora analisa os fundamentos teórico-normativos de sua existência; a conjugação do interesse científico do Direito Penal e da Psiquiatria em patologizar o crime; e sua permanência baseada apenas na noção de periculosidade presumida do louco-infrator. Busca-se, também, compreender como a medida de segurança atua enquanto instrumento de contenção do crime-louco. Para tanto, realizou-se pesquisa teórica sobre o tema, por meio de acesso à bibliografia especializada e da coleta de dados legislativos e jurisprudenciais.

Marcelo Costenaro Cavali e Vanessa Piffer Donatelli da Silva, em **INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA**, examinam aspectos do crime de uso indevido de informação privilegiada, previsto no art. 27-D da Lei n. 6385/1976 desde o advento da Lei n. 10.303/2001. Além da jurisprudência existente sobre esse crime nos vinte anos de vigência do tipo penal, são analisadas questões controversas, como a competência para o julgamento e processamento do delito, os possíveis sujeitos ativos do crime, o conceito de informação privilegiada e o significa de seu uso indevido, além do rol de valores mobiliários.

Priscilla Macêdo Santos e Lorena Melo Coutinho, em **MÃES VIGIADAS: UM ESTUDO SOBRE A EFICÁCIA SOCIAL DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 CONCOMITANTE À APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DE ALAGOAS**, apresenta uma pesquisa empírica elaborada no Estado de Alagoas para averiguar os efeitos do HC coletivo 143.641 deferido pelo STF em 2018, que decidiu por converter a prisão processual preventiva em prisão domiciliar para mulheres na condição de gestantes ou mães com filhos de até 12 anos, associado à aplicação da medida cautelar do monitoramento eletrônico. Partindo da abordagem dedutiva, buscou-se contribuir ao debate processual penal com análise documental de decisões judiciais alagoanas concomitante à realização de entrevistas semiestruturadas com todos os atores processuais e administrativos envolvidos no afã de averiguar os impactos na realidade das mães vigiadas pelo Estado.

Fernanda Analu Marcolla e Alejandro Knaesel Arrabal, em **MEDIAÇÃO TECNOLÓGICA E FRAUDE DIGITAL: IMPACTOS NA PANDEMIA POR COVID-19**, externam trabalho que tem por objeto de investigação o fenômeno da fraude digital no plano da mediação tecnológica, considerando os impactos presentes na pandemia da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, em decorrência no isolamento social, muitas atividades econômicas migraram para a modalidade home office, o que aumentou o número de acessos a rede global de computadores. Observou-se que a falta de segurança tecnológica associada ao crescente acesso à rede por usuários tecnologicamente vulneráveis, tem implicado no incremento de fraudes digitais.

Adriane Garcel, Laura Gomes de Aquino e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em **O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA**, objetivam, como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, em **O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: ESTABELECENDO AS REGRAS PARA UMA RACIONALIDADE PENAL**, objetivam efetivar uma análise do Poder Punitivo Estatal e dos direitos fundamentais do acusado à luz de uma racionalidade penal crítica e valorativa. O escopo é o de entender quais os limites para que o exercício do jus puniendi estatal não sacrifique os direitos e garantias do réu, reservando a este um papel de inimigo estatal. Para tanto, será proposto o estudo das relações de Poder Estatal, especialmente no âmbito criminal; dos direitos fundamentais do acusado; e das regras que devem ser obedecidas para a construção de um Direito material e processual Penal mais efetivo, crítico e constitucionalizado.

Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, em **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**, tratam da competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, a partir da utilização do método lógico-abstrato, a questão é discutida à

luz do texto constitucional, que não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso, e o Pacto de São José da Costa Rica.

André Giovane de Castro e Emanuele Dallabrida Mori, em PANDEMIA DE COVID-19 E MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, os autores revelam que a pandemia de Covid-19 desafia os controles sanitário e securitário. Enfatizam que o trabalho objetiva analisar o sistema carcerário brasileiro à luz dos direitos humanos e da violência, bem como refletir a adoção do monitoramento eletrônico, com o intuito de conter a disseminação do vírus, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir da metodologia do estudo de caso, considerando a seleção e o exame de jurisprudência, observou-se a resistência à utilização da tornozeleira eletrônica e a necessidade de contestar a racionalidade punitiva.

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, em TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: O RECONHECIMENTO DO CRIME A PARTIR DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR, revela que, apesar de formalmente proibido, o trabalho em condições análogas a de escravo continua sendo utilizado no Brasil. O estudo tem como objetivo analisar a interpretação dada ao artigo 149 do CPB pelo TRF-3 e permitiu constatar que, no âmbito do TRF 3, diferentemente dos demais, o conceito de trabalho escravo é desassociado da necessária restrição de liberdade do trabalhador, sendo reconhecida a alternatividade do tipo penal e, ainda, a tutela da dignidade da pessoa como bem jurídico protegido.

Alexander Rodrigues de Castro e Wanderson Fortunato Loiola Silva, em VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, abordam o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostram a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, apontam alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Lidiane Moura Lopes e Maria Vitória de Sousa, em ‘GASLIGHTING’ E A SAÚDE MENTAL: OS EFEITOS DA PANDEMIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, discutem a violência psicológica contra a mulher,

que ganha contornos de crueldade na figura do “gaslighting”, já discutido a tempo na dramaturgia e que se revela como o comportamento que leva o agressor a inculcar na mente da vítima que esta está perdendo a sanidade. Analisa-se a proteção constitucional dada a mulher contra as formas de violência doméstica, as principais medidas de enfrentamento da questão, notadamente diante do isolamento social provocado pela pandemia causada pelo COVID-19.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2021

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

**A "GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA" COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO
PARA A PRISÃO PREVENTIVA**

**THE "GUARANTEE OF PUBLIC ORDER" AS FOUNDATION (IN)VALID FOR
THE PRE-TRIAL DETENTION**

Filipe Ribeiro Caetano ¹
Carmen Hein De Campos ²

Resumo

O presente trabalho discute a (in)validade da “garantia da ordem pública” para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (*periculum libertatis*) para a imposição da segregação cautelar, bem como às disposições da Lei 12.403/2011 e alteração no Código de Processo Penal, relativa à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, trazendo significativas mudanças na sistemática da prisão cautelar.

Palavras-chave: Direito processual penal, Prisões cautelares, Garantia da ordem pública

Abstract/Resumen/Résumé

The present work deals with the (in)validity of the "public order guarantee" for the enactment of preventive detention. It discusses the origin of the concept of public order, the indispensability of the demonstration of necessity (*periculum libertatis*) for the imposition of precautionary segregation, as well as the provisions of Law 12,403 / 2011 and amendment to the Code of Criminal Procedure, which brought about significant changes in the system of precautionary prison.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedural law, Precautionary prisons, Public order guarantee

¹ Mestrando em Direito com ênfase em Direitos Humanos pela UniRitter. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Advogado

² Doutora em Ciências Criminais, PUCRS. Professora do Programa de Mestrado e do Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo tratamos do requisito da “garantia da ordem pública” para a decretação da prisão preventiva, disposta no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ressaltamos que a prisão preventiva constitui um dos temas mais relevantes no âmbito jurídico processual penal, ao passo que trata-se de medida cautelar de natureza pessoal que envolve a liberdade do sujeito submetido à persecução penal, de modo que a prisão cautelar deve ser decretada mantida somente quando efetivamente necessária e de maneira excepcional, quando demonstrada a necessidade cautelar, instrumental para o processo.

Sob essa ótica, analisamos a deficiência, precariedade e (in)validade do conceito “garantia da ordem pública” como requisito para a decretação e manutenção de uma prisão preventiva, uma vez que trata-se de conceito vago e impreciso que é utilizado como válvula de escape para restringir a liberdade de pessoas submetidas à persecução penal estatal.

Além disso, a título exemplificativo, demonstramos através de pesquisa documental realizada qual é o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal acerca do que engloba o conceito de “garantia da ordem pública” e qual é a sua abrangência após a entrada em vigência da Lei 12.403/2011, que ampliou o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, passando a prisão preventiva a dever ser utilizada como medida excepcional.

Para tanto, torna-se necessário, ainda que brevemente, discutir a origem do conceito de ordem pública no Direito e sua disposição na Constituição Federal, a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (*periculum libertatis*) para a imposição da segregação cautelar, bem como às disposições da Lei 12.403/2011 e alteração no Código de Processo Penal, que trouxe significativas mudanças na sistemática da prisão cautelar, especialmente no que se refere à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares diversas.

Destacamos o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no que tange às prisões preventivas fundadas na garantia da ordem pública para exemplificar entendimento de parte do STF. Salientamos que é incontroverso que a prisão preventiva deva ser usada em casos excepcionais, de extrema necessidade. No entanto, as prisões cautelares tem sido fundamentadas na garantia da ordem pública de forma indiscriminada. Apontamos a incompatibilidade da prisão preventiva como base na “garantia da ordem pública” face à constitucionalização do processo penal, portanto, a invalidade da aplicação de prisão cautelar com o requisito, pois desprovido de cautelaridade para o processo.

2. O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA E SUA APLICABILIDADE CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dentre os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, o mais utilizado pelos magistrados brasileiros ao decretar a prisão preventiva, seja na conversão de uma prisão em flagrante em preventiva, seja em qualquer outro momento da persecução penal, desde a investigação preliminar até a prisão cautelar decretada antes de uma sentença penal condenatória, é o fundamento da garantia da ordem pública.

Inicialmente, faz-se necessário discutir que o conceito de “ordem pública” é originário do Direito Administrativo e que não existe um conceito claro do que venha a ser a “garantia da ordem pública”, já que o conceito de ordem pública, e mais do que isso de “garantia da ordem pública” não foi definido pela legislação. Então, o que existe, de fato, são conceituações diversas sobre o tema que não delimitam e a definem de forma específica.

O conceito de ordem pública advém do Direito Administrativo. Ordem pública refere-se a uma situação de tranquilidade e normalidade que o Estado assegura – ou deve assegurar – às instituições e a todos os membros da sociedade, consoante as normas jurídicas legalmente estabelecidas (MEIRELLES, 2014).

Para o autor, a ordem pública visa a garantir o exercício dos direitos individuais, manter a estabilidade das instituições e assegurar o regular funcionamento dos serviços públicos, como também impedir os “danos sociais” (MEIRELLES, 2014).

O conceito de ordem pública não se restringe apenas à estabilidade das instituições, pois abrange e protege também os direitos individuais e a conduta lícita de todo cidadão, para a coexistência pacífica na comunidade. Explica o autor que tanto ofende a ordem pública a violência contra a coletividade ou contra as instituições em geral, quanto o atentado aos padrões éticos e legais de respeito à pessoa humana (MEIRELLES, 2014).

Por fim, destacamos ainda seguindo esse mesmo autor, que a ordem pública não é figura jurídica, nem instituição política ou social. Consoante esse entendimento, é situação fática de respeito ao interesse da coletividade e – frise-se – aos direitos individuais que o Estado assegura, pela Constituição da República e pelas leis, a todos da comunidade (MEIRELLES, 2014).

APRIGLIANO, por sua vez, afirma que a ordem pública pode ser verificada sobre diferentes enfoques, em distintas disciplinas jurídicas, e que o conceito e as consequências do

reconhecimento da matéria de ordem pública podem variar significativamente, por ser diverso o enfoque que cada disciplina confere a este instituto (APRIGLIANO, 2011).

Segundo o autor, pode-se afirmar, com relativa facilidade, que tais normas se enquadram no conceito mais geral de “interesse público”, aspecto fundamental e que determina os contornos da ordem pública em todas as suas ramificações. Para APRIGLIANO, tais normas regulam relações que transcendem ao mero interesse das partes, para assumir uma faceta mais ampla, que interessa à ordem pública (APRIGLIANO, 2011).

É aí que reside, e cumpre salientar desde já, a inconstitucionalidade da prisão decretada com fundamento na garantia da ordem pública, pois nas prisões cautelares fundamentadas nesse requisito, percebe-se que a “garantia da ordem pública” é utilizada de forma utilitarista para agradar ao interesse público, à opinião pública(da), à sociedade como um todo, não possuindo, efetivamente essas prisões, presentes os requisitos de cautelaridade necessários.

Ainda que de maneira mais restrita, a Constituição Federal, nos seus artigos 136 a 139, abarca a necessidade de garantir a ordem pública e a paz social, quando legisla sobre o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, respectivamente. Nessa perspectiva, o legislador constituinte, diferentemente do que fez o legislador ordinário, demonstrou a preocupação com a estabilidade das relações públicas num contexto estatal de exceção e extrema necessidade, de instabilidade concreta.

A ordem pública, em um primeiro momento, no contexto da possibilidade de se decretar um Estado de Defesa, se caracteriza somente quando há grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Já no que tange à necessidade de se decretar o Estado de Sítio, a ordem pública aparece no contexto em que há comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, e quando há a declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

Percebe-se que o cenário no qual o Legislador Constituinte enquadrou o conceito de ordem pública, ainda que indeterminado, é caracterizado quando há extrema necessidade, em casos de grave instabilidade institucional, calamidades de grandes proporções ou em época de declaração de guerra, por exemplo. Todavia, ainda que seja um conceito vago, há uma interpretação possível a ser fazer tendo como norte a Constituição Federal.

A Ordem Pública, principalmente quando se trata de Direito Processual Penal, deve ser invocada somente em casos em que bens jurídicos de grande relevância tutelados pelo

Estado são afetados e não em suposições de que a liberdade (outro bem jurídico a ser tutelado pelo Estado) de alguém causará risco à estabilidade da vida de terceiros em sociedade, sem que haja um concreto elemento. Nesse sentido, o próprio risco deve estar comprovado, e em estágio iminente de perigo, para que seja efetivamente caracterizado o requisito da Ordem Pública, além da decretação de um Estado de Exceção.

3. OS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A IMPRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE NECESSIDADE (*PERICULUM LIBERTATIS*) PARA A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

Dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Ademais, determina o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (previstas no artigo 39 do CPP).

Os princípios aplicáveis às prisões cautelares, por sua vez, são os princípios da jurisdicionalidade, instrumentalidade, proporcionalidade, provisionariedade e excepcionalidade.

Sendo assim, a prisão preventiva deverá ser aplicada apenas quando se mostrarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativamente.

Aury Lopes Jr. sustenta que, em relação as prisões cautelares, excepcionalidade e necessidade devem caminhar juntas. Segundo o autor, infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea, e que o simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma falsa noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Assim, o que foi concebido para ser “excepcional” tornou-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente, minando a legitimidade das prisões cautelares (LOPES JR., 20145).

Para a imposição da prisão preventiva, além do requisito da fumaça de existência do delito, o *fumus commissi delicti*, a medida cautelar pessoal exige, para sua perfectibilização, a ocorrência de um perigo para o desenvolvimento do processo, um perigo decorrente da

liberdade do sujeito ativo da prisão cautelar (WEDY, 2013). Afastada de seu objeto e finalidade, a prisão cautelar é ilegítima, pois deixa de ser cautelar. (LOPES JR., 20145).

O fundamento da prisão cautelar é, em verdade, o *periculum libertatis*. Não se deve falar em perigo na demora da prisão cautelar, mas em perigo decorrente da liberdade do futuro sujeito passivo da prisão cautelar, que pode estar destruindo provas, ameaçando testemunhas, colocando em risco a instrução processual ou buscando sua fuga.

As situações integrantes do *periculum libertatis* não são presumíveis, mas exigem um suporte fático suficiente e demonstrável empiricamente. São elementos normativos que não subsistem por si só, isto é, estão condicionados à demonstração, em cada caso, de situações concretas justificadoras do motivo legal e da necessidade da prisão. Isso afasta presunções subjetivas, meras conjecturas desvinculadas da objetividade fática e jurídica, como é o caso da gravidade abstrata do delito (WEDY, 2013).

É imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva, pois o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suposto fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. Prossegue o autor, com o qual concordamos, no sentido de que toda decisão determinando a prisão de um sujeito passivo deve estar calcada em fundados termos, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (LOPES JR., 2019). Deve ser apresentado um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*.

O problema acontece quando a prisão preventiva é utilizada sob a alegação da gravidade abstrata do delito e da periculosidade do sujeito, fazendo com que este seja mantido preso durante meses ou até mesmo por anos, quando deveria ser admitida a prisão somente se demonstrada a necessidade da segregação cautelar, em face do perigo de fuga, alteração de provas, perigo para o processo decorrente da sua liberdade.

Imprescindível destacar que a prisão cautelar não deve servir para aplacar a ira social, a vontade da turba, a ânsia da vingança do povo, em geral insuflado pela opinião midiática. O único fundamento para a decretação de medidas cautelares, sobretudo a prisão cautelar, é a necessidade do processo, consubstanciada a evitação de destruição de provas e de coerção e ameaça às testemunhas, além da aplicação da lei penal (LOPES JR., 2019).

Em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha admitido a imposição de medida cautelar por esse motivo (a garantia da ordem pública), em alguns casos, sobretudo nos mais

antigos, afastou motivações espúrias e disfuncionais comumente utilizadas na *law in action* (GIACOMOLLI, 2014).

Dentre essas, vale destacar a “credibilidade do Poder Judiciário, credibilidade da Justiça ou das instituições” (já em 2004 o STF, no RHC 84.293, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.08.2004, assentou que a “necessidade de acautelar a credibilidade da justiça” não é motivação idônea a ensejar a decretação da prisão preventiva) que, *in casu*, foi utilizada e eleita como adequada.

Também, no HC 99.379, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 23.10.2009, o STF entendeu não ser idôneo o fundamento da garantia da ordem pública quando fundado na “credibilidade da justiça e gravidade do crime”.¹ (HC 97.466/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.8.2009, DJe 06.11.2009).

Fundamentações como “aplar os altos índices de criminalidade, dar uma resposta imediata e enérgica ao crime, acabar com a rede de crimes criados pelo tráfico de drogas, clamor público², gravidade do crime” deveriam ser afastadas, por absoluta inidoneidade.

Efetivamente, desvinculadas do plano concreto, essas motivações constituem frágeis prognósticos ou suposições que não justificam, de modo válido, a estrita necessidade da cautela; é a desvinculação da segregação cautelar com a instrumentalidade (para o processo) e a função de *ultima ratio* de tutela.

Nesse contexto, portanto, para que seja decretada e mantida a segregação cautelar de uma pessoa, necessário estar demonstrada a existência de *fumus comissi delicti* e o fundamento de *periculum libertatis*. Sem isso, trata-se prisão ilegal, não revestida de cautelaridade instrumental para o processo, e conseqüentemente, inconstitucional.

4. A ALTERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (lei 12.403/2011) E AS SIGNIFICATIVAS MUDANÇAS NA SISTEMÁTICA DA PRISÃO CAUTELAR

A Lei 12.403/2011 buscava a diminuição dos presos provisórios no sistema prisional e a possibilidade de adoção de medidas diversas da prisão. Com ela, as medidas cautelares diversas da prisão vieram para suprir uma omissão legislativa que até então obrigava o juiz a ficar adstrito a manter o suspeito/denunciado preso preventivamente ou então em liberdade

¹ No mesmo sentido: STF, HC 97.466/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.8.2009, DJe 06.11.2009.

² STF: HC 83.828, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 20.02.2004; HC 82.770, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 05.09.2003; HC 80.379, Rel. Min. Celso Melo, DJ de 25.05.2000; HC 97.466/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 06.11.2009

plena, não havendo a previsão de que fosse, até então, submetida a medidas cautelares diversas ao cárcere.

Imaginava-se um novo contexto para o Processo Penal Brasileiro no qual o Poder Judiciário não tivesse apenas a opção de utilizar a medida mais extrema, qual seja, a prisão cautelar. Por isso, passou a dispor de medidas cautelares que representam meios alternativos à segregação do sujeito passivo da persecução penal, tudo em conformidade com os mesmos requisitos da prisão preventiva, quais sejam, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* que devem estar presentes.

A principal novidade trazida pela Lei nº 12.403/11 foi a criação das medidas cautelares de natureza pessoal distintas da prisão. No artigo 319 do Código de Processo Penal, inserido pela referida lei, passaram a ser previstas as seguintes medidas cautelares diversas, as quais não são taxativas, mas exemplificativas:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Cada uma das medidas cautelares podem ser aplicadas somente quando demonstrada a presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* e de *periculum libertatis*.

O artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal é nítido ao determinar que a prisão preventiva só deve ser aplicada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

O juiz deve analisar a necessidade e a adequação da decretação de uma medida cautelar (qualquer uma) para, após, avaliar a suficiência das medidas alternativas à prisão.

Somente em caso de as medidas alternativas não serem suficientes é que o magistrado poderia cogitar a aplicação da prisão preventiva.

Dentre as inovações trazidas pelo novo artigo 313 do Código de Processo Penal, há a previsão do cabimento da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena superior a quatro anos, exigência essa que não existia anteriormente à lei 12.403/2011, pois antes apenas era prevista a decretação da prisão preventiva nos casos de crimes punidos com reclusão.

Sem dúvida, a maior inovação trazida pela nova lei, ao lado da revitalização da fiança, é a criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente (LOPES JR., 2019).

A partir da Lei 11.403/2011 cabe ao juiz a verificação da possibilidade, analisando caso a caso, quando da apreciação de uma prisão em flagrante delito ou ao decretar a prisão preventiva ou temporária, da aplicação de medidas cautelares diversas à prisão.

Criam-se dois critérios básicos para a aplicação das medidas cautelares: necessidade e adequabilidade. No primeiro, deve-se verificar a indispensabilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal, além de servir para evitar a prática de infrações penais. Quanto ao segundo critério, devem ser consideradas a gravidade do crime, as circunstâncias do fato, bem como as condições pessoais da pessoa imputada.

Com o advento da Lei, esperava-se que as prisões cautelares fossem efetivamente decretadas excepcionalmente, deixando de ser a prisão cautelar aplicada de forma genérica em casos em que não fosse demonstrada a necessidade da segregação.

Contudo, na prática, o que se vê é que as prisões cautelares, que deveriam ser instrumentais para o processo, continuaram a serem aplicadas de forma genérica, sem serem observadas, em muitas vezes, as condições para aplicação de medidas cautelares diversas ao cárcere.

5. INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM BASE NA “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA” COM O PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO: INVALIDADE DA APLICAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR COM O REQUISITO DESPROVIDO DE CAUTELARIDADE INSTRUMENTAL

O fundamento da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública não oferece contornos seguros para a aplicação do Direito. Em um cenário construído sobre base da antecipação da culpa, da fuga e de outros prognósticos com o mesmo propósito, a cláusula da ordem pública foi instituída com evidente abertura semântica, para o fim de conceder ampla discricionariedade aos órgãos da persecução penal. (OLIVEIRA. FISCHER, 2017).

Considerando que toda e qualquer prisão resulta em grave restrição aos direitos fundamentais, o alto grau de abstração da norma relativa à “prisão para a garantia da ordem pública” revela-se inadequação constitucional.

As medidas cautelares de natureza pessoal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e aplicação do direito de punir, evitando a interferência do réu no desvirtuamento das provas (GOLDSCHIMIDT, 2004)

Em virtude de possuir natureza cautelar, sendo as medidas cautelares instrumentais para o processo, pode a qualquer tempo, uma medida cautelar ser modificada ou deixar sem efeito, através de ato de ofício do juiz ou mediante invocação das partes processuais (LOPES JR., 2016). Segundo o autor, são elas meios para a tutela de uma situação fática e por isso reformáveis durante todo o curso do processo.

No que tange à prisão preventiva decretada e mantida com fundamento na garantia da ordem pública, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF) mostra-se capaz de fornecer linhas de atuação. O STF deixou ao sabor arbitrário do julgador - ao não exigir parâmetros seguros e objetivos -, a possibilidade de, em caso concreto, entender o que é ou não é ordem pública (CHOUKR, 2009). Conforme o autor, a ausência de parâmetros faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido.

Dentre as utilizações mais comuns nas fundamentações de decisões que decretam prisões preventivas com base na garantia da ordem pública (e aquelas que as mantêm), podemos referir as seguintes: Ordem pública como “confiança” na Justiça; Ordem pública e mera repetição de fórmula legal; Ordem pública e lei penal; Ordem pública e periculosidade; Ordem pública e clamor.

Contudo, as medidas cautelares têm natureza instrumental, isto é, sua destinação é para assegurar a tramitação do processo. Dessa forma, as medidas não devem ser aplicadas quando não estiverem presentes os requisitos necessários.

O dever de motivação constitui uma garantia com valor de fechamento do Sistema de Garantias. O valor fundamental desse princípio, segundo Ferrajoli (1995) é exprimir e, ao

mesmo tempo, garantir a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade.

Por ser um conceito vago, indeterminado, a “garantia da ordem pública” presta-se a qualquer fim, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante (LOPES JR., 2013). Segundo o autor, não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer e é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. São frequentes as decisões que ainda invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a ‘crença’ no aparelho estatal repressor.

Concordamos com o autor no sentido de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malan partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública.

A gravidade do delito (“o crime é grave”), a “inquietação social”, a “credibilidade da Justiça”, a “sensação de impunidade”, a “necessidade de acautelar a credibilidade da Justiça”, o “clamor público”, o “estereótipo da mídia”, constante em várias decisões que decretam (e mantêm) a prisão preventiva, não são elementos fáticos idôneos e constitucionalmente legítimos para motivar a constrição da liberdade (GIACOMOLLI, 2016).

Isso porque, como afirma o mesmo autor, não é função do Poder Judiciário, mormente do magistrado, ao decidir o caso concreto, motivar a prisão na necessidade de ser mantida a segurança pública, pois estaria assim, extrapolando a sua função e consequentemente exercendo um atributo de outros Poderes do Estado e da República, em detrimento do exercício de sua função de garante dos direitos e das liberdades fundamentais.

É preciso que se tenha consciência de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e

legitimam esses provimentos. Trata-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender (LOPES JUNIOR e MORAIS DA ROSA, 2016)

A precariedade do fundamento da prisão preventiva com base na “garantia da ordem pública”, no sentido de que a prisão para a garantia da ordem pública rompe com o princípio da legalidade pelo seu conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo. Nesse conceito de conteúdo ideológico verifica-se a possibilidade do exercício arbitrário das prisões em desrespeito aos direitos fundamentais, tornando ilegítimas decisões injustas e ilegais (KATO, 2005).

Não há no Sistema Processual Brasileiro qualquer espécie de “prisão obrigatória”. Qualquer acusado, mesmo preso em flagrante, tem o direito a uma ordem fundamentada de prisão, com a exposição pormenorizada das razões concretas que motivaram a decretação da cautelar e que estas razões estejam em consonância com o exigido para a sua decretação, e isso não é o que se observa nas decisões que prendem preventivamente com base no requisito da “garantia da ordem pública”.

Não há que se falar em gravidade do delito para justificar o cárcere. Logo, não é suficiente a ensejar o cárcere preventivo, pois a fundamentação para a prisão cautelar deve ser baseada em elementos concretos que indiquem a necessidade da segregação, não podendo ser mantida uma prisão com base em decisão genérica.

Em procedimentos capazes de cercear ou conduzir à liberdade de indivíduos espera-se que o magistrado opere dizendo qual o direito do requerente quando analisado o caso concreto, ou seja, não se quer ver manifesta sua convicção pessoal a respeito do fato ou do crime, quer-se apenas sua dicção do direito com base na análise do conteúdo apresentado, após ponderação de sua adequação e proporcionalidade, com sua fundamentação legal.

Neste ponto, necessário destacar que qualquer prisão preventiva aplicada sem base empírica idônea torna o processo criminal um instrumento de punibilidade, pois antecipa a pena.

A prisão cautelar deve ser fundamentada objetivamente, não podendo ser a prisão fundada em ilações e presunções, afirmações vagas e imprecisas, ou que não expressem de forma objetiva no que consiste o suposto *periculum libertatis* do caso em concreto.

Decreta-se a prisão cautelar (e instrumental) para o processo, sem instrumentalidade, ao passo que a prisão cautelar, que (somente) deve ser decretada a fim de servir como instrumento processual, quando efetivamente necessário, com o caráter instrumental.

A prisão cautelar, por excelência, tem como objeto a instrumentalidade para o processo; a natureza é, como diz o próprio nome, acautelatória, não de provimento final condenatório.

Garantir a ordem pública é uma atribuição da Administração e não do Estado-Juiz, a quem compete, primordialmente, a tutela do devido processo legal e dos direitos fundamentais dos flagrados. Essa legitimidade democrática do Poder Judiciário que, em primeira análise, salienta a autonomia do órgão julgador. Portanto, não cabe ao Judiciário garantir a ordem pública.

A prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública é absolutamente divorciada da necessária instrumentalidade que deve revestir todas as medidas cautelares; ela não é um instrumento que atende aos fins do processo, mas algo alheio a ele, que é a própria segurança pública, faltando-lhe, assim, cautelaridade.

Não resta dúvida de que na hipótese de prisão fundamentada na garantia da ordem pública a prisão afasta-se de sua natureza cautelar instrumental, transformando-se em meio e prevenção especial e geral e, portanto, em punição antecipada (DELMANTO JUNIOR, 2001)

Sendo assim, a prisão preventiva decretada precariamente com base na garantia da ordem pública mostra-se inconstitucional em razão de não estar dotada de caráter cautelar. Além disso, fere o princípio da taxatividade, porquanto o conceito de “ordem pública” ser vago, impreciso e indefinido. Conseqüentemente, prisões decretadas com base em tal fundamento, que por ser aberto, permitem que seja utilizado de forma abstrata e nas mais diferentes formas e situações.

Ainda que o princípio da taxatividade seja um princípio relativo ao direito penal, deve-se aplicar à norma processual no que respeita à prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, já que possui conteúdo material, sendo um normal processual penal material que atinge um direito fundamental, qual seja, o direito à liberdade.

6. O ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.403/2011

O objetivo do presente artigo, além de apontar a precariedade e inconstitucionalidade do requisito “garantia da ordem pública” como fundamento para a decretação e manutenção da prisão preventiva, é demonstrar que o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão fundada na garantia da ordem pública, é no sentido de aceitar motivações fáticas argumentativas e motivações espúrias e disfuncionais.

Desta forma, foram analisados acórdãos de julgados (Habeas Corpus, Recursos Ordinários em Habeas Corpus e Agravos Regimentais em Habeas Corpus) da Primeira Turma Supremo Tribunal Federal sobre a manutenção de prisões preventivas, a partir de 2011, tendo em vista as disposições da novel lei nº 12.403/2011, que promoveu substancial alteração nas disposições referentes à prisão preventiva, liberdade provisória e fiança.

Foram encontradas XXX decisões referentes ao tema em debate. Da leitura e análise de todas as ementas dos julgados pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria suprarreferida, constatou-se que, não obstante as disposições promovidas pela lei 12.403/2011, as prisões preventivas continuaram a serem decretadas e mantidas prisões preventivas com fundamento na garantia da ordem pública, utilizado de forma genérica e aplicado de diversas formas.

Nesse sentido, verifica-se que a Primeira Turma utiliza o conceito de “ordem pública”, de modo vago e impreciso, sendo empregado para justificar a prisão cautelar – na realidade, desprovida de cautelaridade – e justificar prisões preventivas pela garantia da ordem pública com base nos seguintes fundamentos: gravidade concreta do delito; probabilidade de reiteração criminosa; periculosidade do agente; gravidade concreta da conduta, evidenciada pelo modus operandi; periculosidade social do agente; gravidade concreta do delito e probabilidade de reiteração criminosa; periculosidade social do agente evidenciada pela gravidade da conduta que lhe é imputada e pelos seus registros criminais; periculosidade do paciente indicada pelo modo destacado da prática do delito; periculosidade do agravante indicada pela expressiva quantidade de droga com ele apreendida; periculosidade do acusado indicada pela quantidade e variedade de substâncias entorpecentes com ele apreendidas e pela notícia de que ostenta registros criminais pela prática dos crimes de tráfico de drogas e porte de arma de fogo de uso restrito; resguardar a ordem pública, ante a reiteração de condutas delitivas; periculosidade para a ordem pública na medida em que teria se associado a suposta organização criminosa voltada à prática de tráfico internacional de drogas; periculosidade social do paciente evidenciada pelo destacado modo de execução do crime de latrocínio; periculosidade do agravante evidenciada pelo fundado receio de

reiteração delitiva e pela notícia de que integra facção criminosa; periculosidade do paciente indicada pela gravidade concreta da conduta; periculosidade do paciente evidenciada pelo seu vínculo com destacada associação criminosa; periculosidade do paciente evidenciada pela variedade de drogas apreendidas e pelo fundado receio de reiteração criminosa; razão do modus operandi e da evasão do distrito da culpa, bem como pela gravidade do crime; necessidade de interromper a atuação de organização criminosa e o risco concreto de reiteração delitiva; periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva que demonstrariam a necessidade de se acautelar o meio social, para que seja resguardada a ordem pública; necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa; por indicarem, as circunstâncias concretas do caso, o risco de reiteração delitiva do paciente; necessária de garantia da ordem pública, visto que, embora não tenha sido denunciado por crimes de homicídios, integraria, supostamente, grupo de extermínio; grande quantidade de droga apreendida e periculosidade do agente; gravidade concreta do delito ante o modus operandi empregado e a possibilidade de reiteração criminosa; modus operandi da prática delituosa a evidenciar periculosidade exacerbada do agente; quantidade de droga aliada à qualidade de policial do paciente servem de indício de que este integra organização criminosa especializada no tráfico ilícito de entorpecentes,; periculosidade do agente evidenciada pelas circunstâncias em que o delito fora praticado; gravidade concreta dos fatos, aferida a partir de dados objetivos da causa; necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa; gravidade concreta dos fatos; propensão delituosa dos recorrentes, expressada pela habitualidade no tráfico de entorpecentes como verdadeiro meio de vida; concreta possibilidade de reiteração criminosa gravidade em concreto do crime, evidenciada pelo modus operandi em que o delito foi cometido; acautelar o meio social; grande quantidade da droga apreendida que demonstra a periculosidade do paciente; prática contumaz dos crimes pelos quais foi denunciado, havendo fundada probabilidade de reiteração criminosa; acautelar o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa; modus operandi e sua personalidade; personalidade extremamente violenta”; possibilidade de reiteração delitiva.

Pode-se identificar os seguintes elementos para fundamentar a decretação da prisão com base na ordem pública permitem: a) natureza ou personalidade do agente (fundamento ‘lombrosiano’), tais como: periculosidade do agente’, personalidade violenta ou ainda, e reiteração criminosa; b) tipo de crime e modus operandi; c) instrumentalização do medo: acautelar o meio social; prática contumaz de delitos; reiteração delitiva; gravidade dos fatos

Nesse cenário, extrai-se que não existentes fundamentos idôneos para decretar e manter a prisão preventiva e considerando que a restrição de direito fundamental tão importante quanto à liberdade não pode deixar de ser a regra. A prática do Supremo Tribunal Federal, na pesquisa em tela, especificamente nos julgados pela Primeira Turma, é a realização de verdadeiros malabarismos dialéticos para justificar a prisão cautelar – desprovida de cautelaridade - diante da ausência de elementos concretos a sustentar a prisão.

7. CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, momento em que foi traçado um novo paradigma, a partir de quando então todas as leis infraconstitucionais passaram a obrigatoriamente serem submetidas ao filtro constitucional, também os juízes passaram a submeter-se à Constituição e não apenas ao que dispõem as Leis.

Conforme se extrai dos artigos 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal, todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Dessa forma, a falta de fundamentação do decreto da prisão preventiva – inclusive – torna defeituosa ou viciada a prisão, cuja consequência é a nulidade da decisão e a soltura do sujeito preso pela prisão decretada nos respectivos autos.

Nesse cenário, conforme a existência do crime e dos indícios suficientes de autoria, bem como o perigo ou o risco de o indiciado, flagrado ou imputado permanecer solto (*periculum libertatis*), exigem suporte em motivos de fato, em circunstâncias atuais e concretas, capazes de atender aos requisitos autorizadores (GIACOMOLLI, 2013).

Assim, meras possibilidades, hipóteses baseadas em conjecturas, como são as construções realizadas para fundamentar prisões com base na garantia da ordem pública, afastam os requisitos legais, na medida em que são os fatos que motivam as medidas cautelares, e não inferências.

Desse modo, a restrição da liberdade, seja pela prisão ou pela aplicação de outras medidas cautelares, encontram adequação constitucional quando tiverem por suporte circunstâncias fáticas congruentes com a motivação jurídica, emergentes dos autos, da situação procedimental ou processual e não de meras suposições ou conjecturas (GIACOMOLLI, 2013).

Verificamos que dentre os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, o mais utilizado desde a conversão de uma prisão em flagrante em preventiva,

até a prisão cautelar decretada antes de uma sentença penal condenatória, é o fundamento da garantia da ordem pública.

O conceito “garantia da ordem pública” não possui um conceito unívoco, sendo vago e impreciso, o que tem permitido decretação e manutenção de prisões tanto em primeiro quanto em segundo grau. O mesmo ocorre no Supremo Tribunal Federal, como foi possível perceber com as decisões analisadas.

Em um processo penal constitucionalizado, no qual exige-se do magistrado/a a postura de garantidor de direitos e das garantias fundamentais e individuais, motivação de suas decisões judiciais e verificação do controle da atividade jurisdicional, não há espaço para decretação e manutenção de prisões cautelares fundamentadas na garantia da ordem pública.

Embora deva ser exceção, observa-se que a prisão preventiva é regra, e o principal fundamento utilizado é a prisão para a garantia da ordem pública, transformada em verdadeira pena antecipada, em medida de segurança, com finalidade penal, e não processual, instrumental, de natureza acautelatória, como deveria ser.

As prisões preventivas são aplicadas, indistintamente e não cumprem a função para a qual foram criadas, de natureza cautelar, instrumental para o processo, mas sim como instrumento policial a serviço da segurança pública. Nesse sentido, é necessário que seja respeitada a Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais, incluindo o dever de fundamentação, sob pena de legitimarmos um Estado de coisas inconstitucional.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil*. Editora Atlas. 2011

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Lumen Juris. 2009

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração*. 2001

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. Marcial Pons. 2013

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014

GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2016

GOLDSCHIMIDT, James. Princípios Gerais do Processo Pena. 2004

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. A (Des)construção da prisão preventiva. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005

LOPES JUNIOR, Aury Celso de Lima. Direito Processual Penal. 16 Edição. São Paulo: Saraiva, 20119.

LOPES JUNIOR. Aury Celso de Lima. Prisões Cautelares. 4ª Edição. 2013

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo da Ordem Pública. 3ª edição. 2014

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência - 9ª Ed. 2017

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência e Prisões Cautelares. 1ª edição; 2013