

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER

PAULO SILAS TAPOROSKY FILHO

**JURISDIÇÃO E RETÓRICA: O PROBLEMA DA ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

CURITIBA

2019

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER

PAULO SILAS TAPOROSKY FILHO

**JURISDIÇÃO E RETÓRICA: O PROBLEMA DA ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER), na linha de pesquisa “Jurisdição e Processo na Contemporaneidade”, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

CURITIBA

2019

T173j Taporosky Filho, Paulo Silas
Jurisdição e retórica: o problema da ordem pública
como fundamento da prisão preventiva / Paulo Silas
Taporosky Filho. - Curitiba, 2019.
161 f.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Ordem pública (Direito). 2. Jurisdição. 3. Execução
(Direito). 4. Direito penal. 5. Processo penal. 6. Prisão
preventiva. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

“Quando eu uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty num tom bastante desdenhoso, “ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos.”

“A questão é”, disse Alice, “se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.”

“A questão”, disse Humpty Dumpty, “é saber quem vai mandar – só isto.”

Lewis Carroll – “Através do Espelho e o que Alice Encontrou por lá”

AGRADECIMENTOS

Todo projeto é constituído por pessoas. As vezes elas estão à frente do projeto, com participação ativa em sua elaboração, estando os seus nomes como também responsáveis por aquilo que se constrói. Mas também em muitas vezes, na maioria, elas estão presentes implicitamente na coisa. São as pessoas que se situam ao redor daquele nome que aparece como responsável pelo projeto. O trilhar do caminho é um processo solitário em projetos individuais. Não há como alguém substituir o autor que elabora um trabalho. Compete a este, e somente a este, percorrer por todas as barreiras inerentes ao árduo caminho que possui em sua frente para que possa chegar ao seu destino. O andar somente é possível com as próprias pernas. Porém, isso não significa que tudo depende de si próprio. Há muito auxílio, direto e indireto, que faz com que o trajeto seja suportável e o avançar seja possível. Sem esse auxílio, o percorrer do caminho não seria possível. A fadiga o derrubaria antes que pudesse chegar ao fim. As dificuldades ganhariam um peso tamanho que seria insuportável carregá-las até o final. Não haveria um fim, pois não se conseguiria chegar lá. São as pessoas que se situam ao redor do responsável pelo projeto que tornam o fardo possível de ser carregado. Somente assim, com a presença das pessoas ali implícitas, é possível alcançar o êxito esperado: chegar ao destino intentado.

É em razão disso que faço questão de mencionar os nomes que seguem. Cada qual desempenhou, as vezes sem nem mesmo imaginar, um importante papel na condução desse trabalho. Alguns contribuíram de forma mais direta, sugerindo leituras, propondo ideias, estabelecendo críticas ou ainda debatendo sobre o tema. Outros contribuíram, sem nem mesmo imaginar o quanto estavam ajudando, com palavras de incentivo, através do próprio exemplo, com olhares do tipo “força, vai lá”, com gestos e atitudes de respeito, de carinho e de consideração. A todos vocês, aos citados e aos não citados (sempre se esquece de mencionar alguém por relapso ocasional, mas não intencionalmente), o meu muito obrigado!

A minha esposa Pablilline, que sempre me incentivou, segurou a barra, suportou (muitas) ausências, torceu pelo êxito, compartilhou alegrias e tristezas, e que, mesmo ciente das dificuldades do trilhar acadêmico, segue confiante e incentivando para que permaneça constante o avançar por esse caminho. Ao meu filho, Victor Hugo, por ser o meu maior parceiro. A minha filha que está por vir, Laura, que desperta emoção e alegria antes mesmo de ter nascido.

Ao meu pai, Paulo Silas, e a minha mãe, Regina, por toda a dedicação, criação, esforço depreendidos e pela sempre torcida e incentivo. Aos meus irmãos, Marcelo, Kelvin, Pamella e Silvio, por se tratarem de uma família unida sempre disposta a ajudar.

Ao meu orientador, Rui Carlo Dissenha, por se tratar de um verdadeiro exemplo no âmbito pessoal, profissional e acadêmico. Ao mestre, a quem me espelho, por me ser referência, para trilhar da melhor maneira possível na academia, pelas dicas valiosas, pelas lições precisas, pelo incentivo nos projetos, pela significativa ajuda proporcionada.

Aos meus amigos, colegas e professores da vida, de profissão, da academia ou ainda de onde for, com os quais tive a oportunidade de conhecer, de viver, de estar, de aprender, de compartilhar experiências: Ygor Salmen, Arnon Bruno, Caroline Salmen, Paulo Eduardo, Guilherme Zorzi, Jéssica Pohl, Paulo Incott, Jefferson Gomes, Larissa Tomazoni, Samuel Ebel, Cláudia Becker, Katiuscya Binde, André Pontarolli, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, André Peixoto, Luiz Cani, Osvaldino Nunes, Luana Aristimunho, Gustavo Mansur, Jean Karax, Filipe Gusmão, Adriel Smailey, Bryan Bueno, Claudio Melim, Alexandre Morais da Rosa, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Paulo Ferrareze Filho...

Muito obrigado por fazerem parte disso tudo!

PAULO SILAS TAPOROSKY FILHO

**JURISDIÇÃO E RETÓRICA: O PROBLEMA DA ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Dissertação apresentada ao Centro Universitário Internacional (UNINTER) como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Data de aprovação: Curitiba/PR, 11 de fevereiro 2019

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Rui Carlo Dissenha

Orientador

Professor Dr. André Peixoto de Souza

Avaliador

Professora Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Avaliadora

Professor Dr. Alexandre Morais da Rosa

Avaliador externo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. ORDEM PÚBLICA: TENTATIVAS DE CONCEITUAÇÕES	15
1.1 Do que se fala quando se fala em ordem pública.....	21
1.2 Prisão preventiva e processo penal: a finalidade da prisão cautelar	31
1.3 Ordem pública como fundamento da prisão preventiva.....	46
2. A JURISDIÇÃO FALA: O QUE O JUDICIÁRIO ENTENDE COMO ORDEM PÚBLICA?.....	59
2.1 Análise de julgados (STF 2007-2017): método empregado	63
2.2 Algo sobre alguns dos casos analisados.....	68
2.2.1 Critérios negativos da ‘ordem pública’	69
2.2.2 Critérios positivos da ‘ordem pública’	77
2.3 Algo sobre a forma com a qual o STF discursa sobre o conceito de ordem pública.....	85
2.4 Afinal, para o STF, o que é ordem pública?.....	90
3. CRÍTICA À ORDEM PÚBLICA	97
3.1 Descompassos da doutrina e da jurisdição.....	101
3.2 O romance em cadeia de Dworkin: uma proposta de análise.....	109
3.3 O filtro garantista de Ferrajoli	115
3.4 Ordem pública como conceito insustentável no plano jurídico: apontamentos críticos.....	123
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
TGP	Teoria Geral do Processo

RESUMO

O presente trabalho aborda o conceito da 'ordem pública' no processo penal brasileiro enquanto fundamento da prisão preventiva. Para tanto, elenca os elementos fundacionais do processo penal, bem como sua necessária leitura constitucional. Estabelecem-se as premissas do sistema cautelar processual penal, a fim de que sejam observadas a partir de seus princípios que o erigem e, com isso, acabam por definir a finalidade das medidas cautelares no processo penal. Passa-se então a focar no requisito da 'ordem pública' como fundamento da prisão preventiva. As possíveis significações do termo são buscadas, num primeiro momento, na doutrina processual penal e, posteriormente, na jurisdição. A busca doutrinária se dá a partir de livros de cursos e manuais de processo penal brasileiros. Já a busca jurisprudencial se estabelece no período de 2007 a 2017 no Supremo Tribunal Federal. Faz-se ainda análise da possibilidade de aplicação da 'ordem pública' a partir das teorias de Dworkin, em seu romance em cadeia, e de Ferrajoli, em seu garantismo, a fim de testar a validade do conceito. Por fim, são realizados apontamentos críticos sobre a 'ordem pública' como fundamento para a prisão preventiva no processo penal, concluindo-se pela total imprecisão do termo, o que se leva a refutar a possibilidade de sua aplicação enquanto fundamento para se prender preventivamente.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição; retórica; processo penal; prisão preventiva; ordem pública.

ABSTRACT

This paper deals with the concept of 'public order' in Brazilian criminal proceeding as a basis for pretrial detention. To do so, it lists the foundational elements of the criminal process, as well as its necessary constitutional reading. The premises of the penal procedural criminal system are established, so that they can be observed from its principles that erect it and, in this way, end up defining the purpose of the precautionary measures in the criminal process. It then becomes necessary to focus on the requirement of 'public order' as a ground for pre-trial detention. The possible meanings of the term are sought, at first, in the criminal procedural doctrine and, later, in the jurisdiction. The doctrinal search is based on course books and Brazilian criminal procedure manuals. Already the jurisprudential search is established in the period from 2007 to 2017 in the Federal Supreme Court. It is also analyzed the possibility of applying 'public order' from the theories of Dworkin, in his novel in chain, and Ferrajoli, in his guaranty, in order to test the validity of the concept. Finally, critical notes on 'public order' are made as a basis for pre-trial detention in criminal proceedings, which is concluded by the total imprecision of the term, which leads to refuting the possibility of its application as a basis for preventive arrest.

KEYWORDS: Jurisdiction; rhetoric; criminal process; pretrial detention; public order.

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro é reconhecidamente um colapso. Em que pese as grandes promessas presentes na Constituição Federal, dentre as quais o estabelecimento da dignidade da pessoa humana, o que se observa no âmbito prisional é o relapso do Estado em sua função de tratar adequadamente daqueles cuja liberdade é tolhida. A Lei de Execução Penal é formosa na forma como estabelece as questões inerentes da execução da pena, mas notoriamente descumprida. Não é por menos que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347, reconheceu o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ do sistema prisional. O problema é conhecido por todos, mas pouco ou nada se faz para resolvê-lo ou reduzir minimamente os danos que produz reiteradamente.

Não bastasse toda a problemática imperante no sistema prisional brasileiro, tem-se que grande parte da população carcerária, conforme costuma se apontar, é constituída por presos provisórios, ou seja, pessoas que ainda não foram condenadas com decisão transitada em julgado. O percentual que aparece nas pesquisas gira em torno dos 30% aos 40%, o que é bastante significativo ao considerar as razões que legitimamente justificariam o uso das prisões provisórias e o número de presos no Brasil – um número que já teria passado dos 700 mil. O cenário, que já é caótico, ganha ares ainda mais expressivos de preocupação quando feita tal constatação. Haveria uma razão que explicasse o índice de tantos presos provisórios?

Diante desse cenário, e a partir da preocupação com o uso das prisões provisórias no Brasil, indaga-se se, para além dos diversos fatores que também poderiam ser apontados como responsáveis pelo fenômeno do excesso dessas medidas prisionais, há algo para o qual pode ser apontado como um desses que resulta no encarceramento provisório desarrazoado. A premissa é a de que a ‘ordem pública’, prevista como um dos fundamentos que possibilita se prender preventivamente no Brasil, contribui para isso, merecendo, portanto, ser problematizada.

Assim sendo, o presente trabalho busca delimitar o conceito de ‘ordem pública’ enquanto fundamento para a prisão preventiva no processo penal brasileiro. O problema que move a pesquisa é saber quais são as significações possíveis da ‘ordem pública’ e se essas encontram amparo legítimo no processo penal. Para tanto, estabeleceu-se um caminho a ser trilhado no desenvolvimento do trabalho, a fim de

se estabelecer uma resposta concreta para a seguinte indagação: a 'ordem pública' é um fundamento legítimo para se prender alguém cautelarmente? A hipótese é a de que a 'ordem pública' constitui um fundamento ilegítimo para tanto, pois suas significações estariam em desacordo com a finalidade de prisão preventiva, não se prestando conseqüentemente para este fim.

Assim sendo, a presente dissertação é dividida em três capítulos, cada qual tratando de um aspecto próprio sobre o conceito e uso da 'ordem pública' no processo penal.

No primeiro capítulo, estabelecem-se as premissas do processo penal brasileiro, mais precisamente no aspecto dos critérios de base que fundam o sistema das cautelares processuais penais. Pontuando-se a principiologia das medidas cautelares, analisa-se a finalidade dessas, incluindo-se aí a prisão preventiva. Passa-se a então a delimitar o fundamento da prisão processual que se busca estudar, focando-se então no objeto do presente trabalho: a 'ordem pública'. Como se trata de um conceito que não é traduzido no texto de lei que a estabelece como um dos requisitos da prisão preventiva, busca-se a resposta de suas possíveis definições na doutrina. A ideia foi a de localizar essas respostas possíveis nos doutrinadores que trabalham em cursos e manuais de processo penal. Para tanto, buscou-se fazer esses apontamentos a partir de autores aclamados e dentre aqueles que mais são utilizados pelos magistrados e, principalmente, nos bancos acadêmicos da graduação em direito. Muitos não foram citados por se entender que os que se utilizou como fonte de pesquisa se deram em número suficiente para o fim aqui pretendido. Também não foram escolhidos a partir de qualquer critério de juízo crítico, razão pela qual se encontram autores cujas bases epistemológicas não se comunicam.

Pode-se também buscar definições da 'ordem pública' a partir daquilo que os juízes dizem, ou seja, na jurisdição processual penal. A problemática envolta nessa questão constitui a abordagem presente no segundo capítulo. Para tanto, optou-se pela realização da pesquisa junto ao Supremo Tribunal Federal naqueles casos em que a 'ordem pública', suas possibilidades de aplicação e significações, foi enfrentada pela Corte. O período do qual se extraíram os resultados foi do ano de 2007 ao ano de 2017. Ao final, realiza-se uma breve análise do discurso empregado pelo Judiciário quando estabelece as leituras possíveis da 'ordem pública'.

Achou-se por bem ainda realizar alguns testes com as definições da ‘ordem pública’ a partir de certos marcos teóricos. A ideia foi a fazer um julgo crivo da ‘ordem pública’ a partir das propostas de Dworkin e de Ferrajoli, a fim de, a partir de paradigmas teóricos diferentes, buscar ver se é sustentável o uso do termo em algum dos escolhidos planos jurídicos coesos e bem estruturados que possuem bases fundantes diferentes. Neste terceiro capítulo, ao final, também são realizados apontamentos críticos acerca das definições encontradas sobre a ‘ordem pública’ no processo penal.

A conclusão a que se chega é que a ‘ordem pública’ não encontra amparo num processo penal de matriz constitucional, uma vez que todas as suas significações possíveis dizem respeito a finalidades diversas daquela pretendida pela prisão processual, tratando-se, portanto, de termo vago, ambíguo, genérico e abstrato, não comportando espaço de aplicabilidade no processo penal brasileiro.

1. ORDEM PÚBLICA: TENTATIVAS DE CONCEITUAÇÕES

Conta-se que em Macondo, a pequena cidade fictícia do belo romance de Gabriel Garcia Marquez¹, várias coisas que lá existiam eram tão novas, mas tão novas, que ainda sequer possuíam um nome. Não havia nomenclaturas para muitas dessas coisas. Cabia aos habitantes daquela região apontar para essas coisas quando fossem se referir a elas. Esse ato de apontar para a coisa quando queria falar dela era que permitia a compreensão sobre aquilo que estava a se falar.

O objeto de pesquisa do presente estudo possui uma certa ligação com essa passagem de “Cem Anos de Solidão”. Para ilustrar esse exercício comparativo, Lenio Streck indaga: “*Quantas coisas no direito os juristas ainda desconhecem? Para quantas coisas eles só apontam com o dedo, mas não sabem o seu sentido?*”². Questiona-se aqui se a ‘ordem pública’ seria um conceito sem coisa.

Conforme se discorre nesse capítulo, tem-se que o conceito de ‘ordem pública’ possui vários contornos, inexistindo uma definição concreta do que venha de fato a ser. Deste modo, num sentido inverso daquilo que ocorria em Macondo, a ordem pública é um conceito sem coisa, ou seja, nada há para o quê se apontar, em que pese sobraem nomes e palavras para se dizer o que ela é. Têm-se definições aos montes, algumas dissonantes, enquanto outras possuindo pontos em comum ao considerar as tratativas dadas por diferentes autores e magistrados, porém, numa perspectiva geral, por mais que haja explicações para o objeto, este inexistente. É como um não corpo que gera efeitos por se acreditar que há algo ali.

Ainda buscando um amparo comparativo na literatura, pode-se mencionar a famosa passagem de Shakespeare quando fala sobre o nome da rosa³. Em um dos

¹ “O mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome, e para mencioná-las era preciso apontar com o dedo”. (MARQUEZ, Gabriel Garcia. **Cem Anos de Solidão**. 103ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 7)

² STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. (Organizadores). **Direito e Literatura: da Realidade da Ficção à Ficção da Realidade**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 231

³ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho também utiliza o exemplo literário para contextualizar sua fala ao tratar dos sistemas processuais e o problema da verdade: “*Não ter verdade (desse modo) não significa dizer (como estão a imaginar) que se não tenha nada lá. Ora, pode se dizer que não tem verdade, mas a coisa não termina aí. Serviria, aqui, a célebre frase de William Shakespeare em Romeu e Julieta: “What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet.” (que é um nome? Se dermos um outro nome àquilo que nós chamamos de rosa ela continuará com seu tão doce perfume.)*””. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes

belos diálogos entre o casal protagonista de jovens apaixonados em “Romeu e Julieta”, está presente o seguinte questionamento:

O que há num nome? O que chamamos rosa
Teria o mesmo cheiro com outro nome;
E assim Romeu, chamado de outra coisa,
Continuaria sempre a ser perfeito,
Com outro nome [...].⁴

É dizer que por mais seja mudado o nome de algo, aquele algo permanece, não importando o nome que se dê. Nesse sentido, por mais seja a ‘ordem pública’ um nada que se nomeie, um conceito sem coisa, fato é que os resultados de seu uso são sempre concretos, uma vez que é através de tal artifício que se prende gente, ou seja, aquilo que se aponta sem existir, dando-se nome ao nada (‘ordem pública’), acaba sendo algo enquanto fenômeno que tolhe a liberdade das pessoas, passando a constituir uma espécie de existência que se inicia do nada – na verdade, cria-se a partir do discurso, da palavra, da retórica⁵. O verbo é o início, e em assim sendo, cria-se a partir desse. Não importa o conceito que se dê à ‘ordem pública’, uma vez que qualquer seja o nome escolhido, o cheiro da coisa continua sendo o mesmo, porém, ao invés do agradável cheiro da rosa, tem-se aqui o cheiro fétido da prisão a que se leva o uso da ‘ordem pública’ no processo penal.

‘Ordem pública’ é um termo vago⁶, possibilitando conseqüentemente conceituações vagas. Há uma espécie de lacuna⁷ presente no termo. No campo da indefinição, a concretude que se clama por uma definição se esvai no ar, de modo que

da. (org.) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Volume 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 56).

⁴ SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta & Hamlet**. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. p. 42

⁵ Para Afrânio Coutinho, a retórica contempla a oratória, sendo essa “a arte do orador, ou daquele que fala ao público com elegância, propriedade e eloquência deleitando, comovendo e, sobretudo, persuadindo por meio da palavra” (COUTINHO, Afrânio. **Notas de Teoria Literária**. 2ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 108). Em assim sendo, reside justamente aí o perigo em se falar de persuasão, deleite e comoção na prática jurisdicional quando essa dissonante das premissas constitucionais que erigem a finalidade do processo penal. Daí a escolha desse termo para o presente trabalho.

⁶ “Um termo é vago, em sentido lato, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação”. (WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1995. p. 76)

⁷ “A grande lacuna sustenta-se, desse modo, na ausência de um conceito sobre o que seria esse termo, ordem pública. O qual, no presente momento, se perfaz como um alvará de prisão, aberto para prender e fundamentado nas mais diversas motivações, o que desenha o abismo argumentativo aduzido, ou, iguala a ordem pública como a um “coringa” no processo penal, fato que clama por soluções, pois processo penal não se faz com coringas, e coringas não estão na lei”. (CANTÚ, Mariana Coelho. **Jurisdição Penal com os Pés de Barro: “Ordem Pública” no Imaginário Sistema Punitivista Brasileiro – Parte 01**. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/jurisdicao-penal-com-os-pes-de-barro-ordem-publica-no-imaginario-sistema-punitivista-brasileiro-parte-01>>. ISSN: 2526-0456. Acesso em: 08/09/2018)

o objeto que se tem acaba sendo algo intangível. No campo do direito, essa diferença entre o palpável e o não tocável é muito significativa, principalmente quando se está no campo do direito e processo penal – onde a legalidade necessita se firmar em seu viés mais imprescindível.

A linguagem, portanto, e o tratamento dado a ela no campo jurisdicional, possui fundamental importância, uma vez que é através do que se diz sobre uma determinada coisa que a produção de efeitos ocorrerá – não necessariamente sobre aquilo que poderia vir a significar⁸, mas a partir daquilo que se disse, em determinado contexto, que essa coisa significa⁹. Eis o perigo que reside na retórica – em seu sentido clássico¹⁰, cujo artifício é facilitado em sua prática quando o objeto é intangível. Nesse sentido, Ferrajoli explica que “*um termo é vago ou indeterminado se sua intensão não permitir determinar sua extensão com relativa certeza, quer dizer, se existirem objetos que não estão excluídos nem incluídos claramente em sua extensão*”¹¹. Esse problema da retórica se valer da indefinição de conceitos e seus reflexos práticos será melhor trabalhado em tópicos adiantes (2.3 e 3.4), mas é importante desde já se destacar que qualquer análise possível que se faça da questão, provavelmente acabará encontrando como percalço a indefinição de base.

⁸ Mesmo porque, ensinou Warat ao tratar sobre os modos de significar, que “*indagar sobre o uso linguístico ou modo de significar é realizar uma análise das alterações significativas que as palavras sofrem no processo de comunicação. Os significados socialmente padronizados possuem sentidos incompletos; são expressões em aberto, que apenas se tornam relativamente plenas em um contexto determinado. Assim, é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere, ou seja, seu significado contextual*”. (WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1995. p. 65)

⁹ “*A linguagem jurídica, como a linguagem em geral, utiliza-se de signos que precisam ser interpretados. Tais signos, muitas vezes, possuem determinados sentidos consensuais ou de baixo grau de controvérsia. [...] Mas a Constituição se utiliza, igualmente, de inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Calamidade pública, relevância e urgência ou crime político são conceitos que transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisa ser integrados à luz dos elementos do caso concreto. E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é indiscutível que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão refugir a algum grau de subjetividade*” (BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 15 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>).

¹⁰ “*Entende-se por retórica a utilização dos meios adequados para se conseguir a persuasão*” (RAMALHO, Leandro. **A Retórica nas Decisões do Judiciário Contemporâneo: uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 11).

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 116

Ao considerar que a dogmática¹² é a concepção dominante na tradição jurídica ocidental¹³, principalmente quando se fala no Brasil, o critério de interpretação das leis ganha contornos de grande relevância no campo jurisdicional, uma vez que é a partir do que se entende sobre determinada lei que sua aplicação gerará efeitos¹⁴. Não é diferente com a terminologia que se encontra presente nos textos legais, pois estabelecido determinado entendimento sobre alguma previsão, termo ou instituto, é a partir desse que as consequências jurídicas se darão. No caso da ‘ordem pública’, esse fenômeno é bastante visível, resplandecendo principalmente em seu ponto nevrálgico e problemático: a indefinição por diversas ordens que levam ao “aplicador da lei” dizer o seu significado.

Conforme aponta Paulo Ferrareze, “a hermenêutica, com as suas mais variadas e dissidentes igrejinhas, é uma ferramenta importante para perceber a profundidade do buraco em que o decidir judicial está metido”¹⁵, ou seja, a hermenêutica é o campo pelo qual se pode perceber a grande problemática na qual se funda a ‘ordem pública’. As variadas possibilidades de suas (in)definições, que acabam sendo traduzidas na prática jurisdicional (principalmente através da fala do julgador¹⁶), ensejam na ausência da segurança necessária para aquilo o seu uso

¹² Ao se utilizar o termo “dogmática” no presente escrito, refere-se ao seu uso nos termos explanados por Christian Baldus: “a Dogmática, idealmente, nada mais é do que fundamento e resultado da aplicação metódica de normas: fundamento, porque o operador do Direito sabe como as normas são normalmente contempladas em conexão umas com as outras, e quais novas interpretações são recomendadas pela doutrina; resultado, porque a decisão do caso concreto permite examinar a capacidade e coerência da Dogmática no caso concreto” (BALDUS, Christian. Delimitação de fronteiras e definição de métodos: disciplinas fundamentais na formação jurídica e funções da História da Dogmática Jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. ISSN: 0104- 6594, Porto Alegre: UFRS - Edição Especial, dez. 2007. p. 126).

¹³ Conforme ensina Luiz Fernando Coelho, “tal concepção leva a que toda experiência jurídica convirja para os procedimentos de interpretação das leis, com vistas à sua efetiva aplicação às situações sociais de conflito, e que o poder judiciário é chamado a resolver”. (COELHO, Luiz Fernando. **Curso de Introdução ao Direito em 13 aulas**. 2ª Ed. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 275)

¹⁴ “O discurso moderno e o parâmetro científico por ele estabelecido se disseminaram rapidamente no século XIX, estabelecendo a meta e o método para a obtenção do conhecimento [...]. Todas as disciplinas modernas almejavam a condição de científicas [...]. Portanto, não é por acaso que o direito buscou aproximar-se desse paradigma, uma vez que tanto a intenção da cientificidade, como a pretensão de regulação da realidade apontavam nessa direção”. (KHALED JR., Salah H. Cientificidade, positivismo jurídico e busca da verdade no processo penal. In. GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (orgs.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 238)

¹⁵ FERRAREZE FILHO, Paulo. **Manual Politicamente Incorreto do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 30

¹⁶ “a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processo penal -, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da “segurança jurídica”, da “verdade” e tantos outros conceitos

como fundamento possibilita. Abrem-se as portas que possibilitam o arbítrio, uma vez que um exercício hermenêutico que não leva em conta todo o aspecto fundante no qual se pauta o termo, norma ou instituto a receber seu significado, acaba por ensejar na possibilidade de se dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa¹⁷, fugindo-se de qualquer critério adequado ou razoável de aplicabilidade do direito¹⁸.

Daí é que surge a preocupação para o que se diz sobre todo e qualquer termo no ambiente jurídico – principalmente na prática forense. Como dito, é a partir do que se diz sobre a significação de algo que uma determinação é procedida: faça-se, cumpra-se, prenda-se, ou ainda, como comumente observado nas mais diversas decisões judiciais de todo o país, publique-se, registre-se, intime-se. Ao estabelecer um entendimento sobre algo que está a se decidir, a decisão, conseqüentemente, dá-se a partir desse dado entendimento. Se o juiz criminal, ao analisar todas as provas presentes num determinado processo, entende que há materialidade suficientemente demonstrada, assim como conclui por restar comprovada a autoria, condenará o acusado às penalidades previstas na legislação aplicável. No âmbito desse fenômeno, terá o julgador de estabelecer as razões pelas quais conclui em determinado sentido, incluindo aí o porquê de entender que certa imputação é a que se adequa ao caso, fazendo aquilo que costuma se chamar de subsunção do fato à norma. Ainda nesse âmbito decisório, o juiz acaba se deparando com determinados elementos que compõem o tipo penal atribuído ao acusado, sendo os objetivos e os normativos. No caso dos elementos objetivos, não há muita dificuldade em se constatar suas significações e implicações, uma vez que facilmente constatáveis por qualquer indivíduo. Já no caso dos elementos normativos do tipo, a dificuldade na significação pode surgir, já que para a sua “tradução” há de ser feita uma valoração sobre o mesmo. É o exemplo do termo “droga” presente na Lei n.º 11.343/06, ou ainda do termo “arma”, como causa de aumento de pena no crime de roubo, assim presente

substancialmente vagos, indeterminados [...] (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 27)

¹⁷ A expressão é de autoria de Lenio Streck.

¹⁸ Neste sentido, Jacinto Coutinho constata uma situação paradoxal vivida no Brasil: “*tem-se uma aparente liberdade, mas ela não é dimensionada para se respeitar as regras e sim para se fazer o que quiser, máxime por parte dos órgãos do Estado. Quando isso se conjuga com os órgãos do poder, mormente os jurisdicionais, a hermenêutica, na conduta de muitos, vira um brinqueado pelo qual se interpreta como se quiser, dando aos textos os sentidos próprios, suas próprias verdades*”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 94)

até quando do advento da Lei n.º 13.654/18¹⁹. A significação, a leitura, a “tradução”, enfim, a interpretação possível sobre os termos presentes no texto de lei, aplicáveis ao caso concreto, deve sempre respeitar os limites que lhe são inerentes. É por isso que não se pode dizer que um homicídio é qualificado pelo “motivo torpe” quando tal condição não estiver presente no campo fático ou descrito na denúncia – utilizando-se de outro exemplo comum presente na dogmática penal. Sabe-se que a análise interpretativa no campo penal pode receber alguns contornos próprios que não aqueles característicos da esfera processual penal. Mas se utilizam aqui dos exemplos citados tanto pelo fato de que o fenômeno interpretativo é o mesmo, seja qual “campo” estiver se falando, como para frisar a existência de limites quando está a se falar da significação de algo.

Nesse sentido, estabelecendo algumas premissas básicas daquilo que pode ser chamado de ‘essência moral da verdade jurídica’, Claudio Melim evidencia que *“não se pode olhar para uma maçã e ver um abacaxi, porque as vivências ensinam que uma maçã é uma maçã e não um abacaxi”*²⁰. O que se está a falar diante disso é que ao se dizer algo, deve se saber sobre o algo que está a se dizer, evitando-se confusões de qualquer ordem. Não se pode fugir das barreiras limítrofes que aquele algo representa ou significa. Uma mesma coisa pode comportar interpretações diversas, olhares diferentes, é claro, mas desde que sempre esteja respeitado o seu âmbito significativo. Uma maçã pode ser “lida” como uma sobremesa ou como uma refeição principal. Pode ser também significada enquanto símbolo do pecado original cristão. Mas jamais poderá se dizer que uma maçã é um abacaxi, um veículo automotor ou uma peça de vestuário. É nesse sentido que se diz ao falar dos limites interpretativos adstritos às barreiras de significados de uma dada coisa qualquer.

É no âmbito dos limites das interpretações possíveis que se busca estabelecer até onde é possível se dizer sobre o(s) significado(s) da ‘ordem pública’ enquanto fundamento da prisão preventiva no processo penal, evitando-se que se diga qualquer

¹⁹ Dentre as mudanças resultantes da referida lei, o termo “arma” passou a constar expressamente atualmente como “arma de fogo”, ou seja, o âmbito de alcance da valoração que pode ser feita sobre tal elemento do tipo diminuiu consideravelmente, pois se enquanto antes “arma” podia (e era) lida como sendo de qualquer tipo (faca, porrete, revólver, etc), com o advento da nova lei, a significação do termo pode ser dado observando seus estritos limites (revólver, pistola, espingarda, etc), respeitando-se assim o princípio da legalidade.

²⁰ MELIM, Claudio. **A Essência Moral da Verdade Jurídica**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/a-essencia-moral-da-verdade-juridica>>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 17/11/2018.

coisa sobre qualquer coisa. Evitar que uma má retórica tome conta do discurso jurídico, seja onde for, é tarefa que deve ser atribuída a todo e qualquer jurista, buscando afastar aquilo que se vê presente em muitas falas do Judiciário e até mesmo da doutrina²¹, cuja ausência de um norte específico que conduza o trilhar do Direito Penal e Processual Penal em *terrae brasilis* acaba por se transformar naquilo que André Peixoto chamou de ‘metafísica do processo penal’²².

Enfim, o que se busca demonstrar neste primeiro momento do trabalho é justamente a ideia que se tem por ‘ordem pública’ no âmbito pretendido da pesquisa. O termo enquanto aquilo que se quer significar, suas (in)definições e as formas pelas quais se abrange a temática de modo conceitual.

A divisão se justifica ao considerar que se faz necessária uma tratativa técnica, por assim dizer, daquilo que vem ou não a ser a ordem pública. Para que seja possível realizar as abordagens seguintes (constantes nos segundo e terceiro capítulos), há de se partir de algum lugar. A pretensão desse primeiro capítulo é justamente a de se apontar para o ponto de partida.

1.1 Do que se fala quando se fala em ordem pública

Ordem pública é um termo que pode ser compreendido em mais de uma forma²³. E aqui não se diz de suas possíveis significações que serão objeto de análise na dissertação. Diz-se das matérias em que o termo pode estar presente (Direito

²¹ Isso porque “a doutrina está cheia de exemplos disparatados que “ficcionalizam” o mundo jurídico e, conseqüentemente, impedem o ingresso de teorias sérias no Direito [...]. Se o Direito é um instrumento de transformação da realidade, precisamos, pois, leva-lo a sério” (FERREIRA, Dj Jefferson Amadeus de Souza. **Ensaios Sobre Processo Penal, Hermenêutica e a Crise de Paradigmas no Direito Brasileiro**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 97-98).

²² “O choque semântico que suscita confissão judiciária (decretos prisionais em nome da segurança/ordem pública) adentra a uma espécie de senso comum jurídico e se repete vertiginosamente enquanto verdade indefensável e imutável, transmutando-se, por fim, na gloriosa **metafísica do processo penal**, sobre a qual reside a imperiosa crença judiciária, ministerial, policialesca, midiática e popular, nessa ordem”. (SOUZA, André Peixoto de. **Ordem Pública e Prisão Preventiva**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/ordem-publica-prisao-preventiva/>>. ISSN: 2446-8150. Acesso em: 08/09/2018)

²³ Conforme explica Patrick Gomes ao buscar estabelecer uma finalidade específica do conceito a partir da Constituição Federal de 1988, “a profusão de percepções políticas e ideológicas inseridas na noção de ordem termina por causar a maleabilidade conceitual – o que resulta em variado e extenso rol de discursos e práticas institucionais”. (GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2018. p. 24)

Administrativo e Direito Internacional, por exemplo), sendo que em cada uma dessas, o entendimento que se faz sobre o conceito acaba por se diferenciar, intentando-se apresentar, de forma concisa, essas variações.

Desta forma, neste subcapítulo é destacado que a ‘ordem pública’ da qual o trabalho discorre é aquela que está presente no artigo 312 do Código de Processo Penal, ou seja, ‘ordem pública’ enquanto requisito para a decretação da prisão preventiva, especificando-se o tema a ser tratado. Nesse sentido, esse é o teor da norma processual em comento: *“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 houve prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”*. É da ‘ordem pública’ presente nesse texto²⁴ de lei que aqui está a se tratar.

Conforme apontam Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos, a ordem pública *“é munida de mais significações do que quando de sua entrada em vigor na década de 1940”*²⁵. Esta análise está adstrita a sua (tentativa de) conceituação dentro do âmbito do processo penal. Tal esclarecimento, o do “local de fala” da ‘ordem pública’ aqui tratada, faz-se necessário a fim de se evitar incompreensões. Ora, ‘ordem pública’ é um conceito utilizado em diversos ramos do direito, comportando assim aplicações e implicações diversas a depender do contexto no qual é aplicada. Por exemplo, ao se falar que o instituto da prescrição é uma matéria de ‘ordem pública’, devendo, portanto, ser reconhecida a todo e qualquer tempo, inclusive de ofício, está a se falar de coisa diversa da ‘ordem pública’ presente no artigo 312 do Código de Processo Penal. Tem-se assim que o conceito, numa abordagem ampla, ou num primeiro momento em que se depare com o termo e não se delimite do que (ou a partir de que) está a se falar, é *“lançado para diversos setores do Direito, dentre os quais, Direito Administrativo, Direito Militar, Direito Internacional Privado, Direito*

²⁴ Analisando a previsão da ‘ordem pública’ no mencionado dispositivo legal pela ótica Agambeniana, Rodrigo Caixeta a critica por ser *“o mais profundo cancro de degeneração do sistema cautelar brasileiro, ante a indisfarçável afinidade punitiva dos argumentos “embasados” no dito conceito, o qual vigora-mas-não-significa justamente para propiciar a intrusão “soberana” de qualquer coisa que se revele útil às ambições ideológicas da autoridade”* (CAIXETA, Rodrigo de Paula Garcia. **Estado de Exceção Cautelar: o elo de Jakobs e Dinamarco no trato punitivo da “garantia da ordem pública”**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/estado-de-excecao-cautelar-o-elo-de-jakobs-e-dinamarco-no-trato-punitivo-da-garantia-da-ordem-publica>>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 21/11/2018).

²⁵ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

*Constitucional*²⁶, *Direito Penal e Direito Processual Penal*, cada qual desenvolvendo-o à sua maneira²⁷, de modo que noção do termo ‘ordem pública’, conseqüentemente, acaba por se especificar de maneira própria a depender do setor em que estiver presente²⁸. Ciente do uso e aplicação do termo nessas diversas searas do campo do Direito, evidencia-se que a presente pesquisa está delimitada na abordagem tão somente da ‘ordem pública’ presente no processo penal – mais especificamente enquanto fundamento para a prisão preventiva. Nada além. Deste modo, o foco se dá única e exclusivamente na ‘ordem pública’ dentro da perspectiva aqui apontada.

Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos, após traçarem um breve histórico de onde e quando a ‘ordem pública’ aparece no cenário jurídico, apontam que a significação original, mesmo reconhecendo a dificuldade de uma conceituação fidedigna dadas as várias fontes inconciliáveis acerca de sua aplicabilidade, vai ao encontro “*com medidas policiais de expansão do poder real com uso de violência a minoração de direitos*”²⁹. Daí que se encontram, nesse sentido, variadas acepções do termo ‘ordem pública’, tais como “*força social, fim social, interesse social, política social, questão social, teoria da concepção social, teoria da positividade, teoria filosófico-positiva, vida social e outras expressões, atribuindo-se um grande espectro de conteúdos*”³⁰, o que demonstra que mesmo quando se aponta para um único direcionamento daquilo que está a se falar, a imprecisão semântica segue presente,

²⁶ A expressão ‘ordem pública’ presente no texto constitucional, por exemplo, mesmo cabendo a discussão acerca de suas possíveis significações, certamente reside num contexto policial – e não se diz aqui com necessário vínculo ao âmbito do processo penal. É o que se percebe ao se fazer a leitura dos artigos 34 (Art. 34. *A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública*), 136 (Art. 136. *O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza*) e 144 (Art. 144. *A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil [...]§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas*).

²⁷ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

²⁸ “*A expressão pode ser reconhecida como um dos mais polivalentes do Direito*”. (PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.)

²⁹ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

³⁰ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

uma vez que mesmo quando estabelecido um âmbito de aplicação determinado (no caso, o processo penal), a confusão e, portanto, conseqüentemente, a insegurança, permanecem.

Especifica-se assim que o sentido, a significação, o conceito de ‘ordem pública’³¹ aqui buscado, do qual se fala, é aquele inserido no contexto do processo penal brasileiro (enquanto fundamento da prisão preventiva). É nesse viés, e apenas nesse, que o presente trabalho está situado.

Assim, para além das diversas significações que são atribuídas as outras “áreas” do direito (internacional, administrativo, constitucional), “*o sentido atribuído ao Direito Processual Penal e à prisão preventiva era e é, efetivamente, o policial medieval, mas com caráter da jurisdicionalidade*”³². É nesse âmbito, nesse cenário, nesse contexto que se está situada a ‘ordem pública’ enquanto presente no processo penal.

Conforme já mencionado, o uso do termo no contexto que aqui é trazido à discussão surgiu com o atual Código de Processo Penal em 1941, período em que o país se situava num âmbito próprio³³. O código original era praticamente uma cópia do *Codice Rocco* italiano, estando nele, portanto, várias feições autoritárias, de ordem pela ordem, de controle. Daí poder se falar que a ‘ordem pública’ do processo já nasce eivada de autoritarismo, eis que cultivada e criada num regime autoritário, tendo sido estabelecida enquanto cópia de um documento legal, o código de processo da Itália, de outro regime ainda mais autoritário. A inspiração do Código todo exalava a inspiração fascista, refletindo-se conseqüentemente na ordem que o Estado brasileiro

³¹ Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa apontam que a origem da ‘ordem pública’ “*remonta a Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes*” (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 79).

³² PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

³³ “*Sabe-se que o Código de Processo Penal brasileiro exsurge em meio ao regime autoritário chamado estado novo, sob a presidência de Getúlio Vargas. O regime de Vargas era peculiar, no sentido de que não possuía base ideológica, eis que Vargas esperava rumar o país em direção aos seus próprios interesses políticos*” (VOLPI, Stefano. A Cultura Inquisitória e a Motivação das Decisões de Decretação de Prisão Preventiva no Brasil: uma fácil adequação axiológica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil – volume 4**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 367)

passava a dar aos juízes para que prendessem pessoas preventivamente. A origem do código, bem como do próprio termo ‘ordem pública’ – em seu uso aqui tratado – é, no mínimo, controversa, sendo cabíveis as críticas feitas principalmente pela doutrina mais crítica, conforme se verá adiante, em razão de toda essa problemática, já de base, que é simplesmente ignorada por muitos.

Ora, vale sempre lembrar que o Código de Processo Penal nunca passou por uma adequação constitucional, sendo a ausência dessa filtragem necessária uma das marcas que o maculam enquanto procedimento que efetive os ditames estabelecidos pela Constituição Federal. Tendo sido a Constituição promulgada em 1988, o Código de Processo Penal brasileiro continua sendo aquele mesmo – que é datado de 1941. Muitas mudanças e ajustes ocorreram, é bem verdade. Mas a sua base permanece a mesma, o seu assento, a sua essência. Por mais que tenham sido diversas as reformas que o Código passou ao longo desses quase 80 anos, todas essas foram meramente pontuais, mexendo e remexendo em algumas partes específicas do código enquanto se esquecia de todo o resto. O que se tem como resultado dessas tentativas de (des)ajustes pelo legislador é um código que se trata de um verdadeira colcha de retalhos³⁴. Não é possível se falar em unicidade, em coerência ou qualquer outro termo que passe a ideia de um elo forte que estruture fidedignamente o código. Os artigos muitas vezes não se comunicam, quando não se contradizem. Há previsões legais que revogadas por outros códigos, como é o caso da Lei de Execução Penal, mas que ainda permanecem presentes no Código de Processo Penal. Revogação tácita, portanto, constituindo um convite ao erro ao leitor de texto de lei mais desavisado.

Assim sendo, tem-se que o Código de Processo Penal como um todo não é firme numa mesma estrutura. Não é pautado num princípio que o erija – por mais devesse ser. Trazendo a própria ideia de sistemas como o elemento que fundamenta o processo penal, ou ainda, nos dizeres de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, aquilo que se seria o fundamento dos fundamentos, tem-se que por mais que a Constituição Federal estabeleça uma diretriz acusatória para o processo penal, o código, da forma como é hoje, permitindo tudo aquilo que permite que se faça contra o acusado e contra as regras do jogo, situa-se numa lógica de matriz inquisitória. E não é assim apenas

³⁴ A expressão é de autoria de Aury Lopes Jr.

pelo fato de, como muitos ingenuamente julgam que o seja somente em decorrência disso, existir uma fase prévia ao processo onde não se faz presente o contraditório – diz-se do inquérito policial.

O que define algo que é estabelecido pelo sistema inquisitório vai muito além de meramente a existência de uma fase inquisitorial no processo. Dentre outros fatores, a gestão da prova pode ser apontada como o principal aspecto que estabelece e concretiza o sistema processual que está a se observar. No caso do processo penal brasileiro, tem-se que diversas são as hipóteses e possibilidades de o juiz produzir provas, inclusive de ofício. Daí se dizer que inexistente uma sintonia do Código de Processo Penal com a Constituição Federal, uma vez que ao considerar a forma com a qual o processo é regulado pela lei que define toda a sua procedimentalização, observam-se elementos que reproduzem a lógica inquisitória, de modo que não há um sistema acusatório presente no processo penal brasileiro³⁵ – por mais que a Constituição Federal aponte para essa direção.

No caso da mencionada gestão da prova, observa-se que uma das possibilidades conferidas pelo código ao juiz é a determinação da prisão preventiva de ofício. Desde que não se esteja na fase do inquérito policial, o Código de Processo Penal, em seu artigo 312, autoriza que o juiz prenda alguém mesmo quando não haja pedido realizado nesse sentido. Além de toda a crítica cabível contra esse poder que é dado ao magistrado, maculando, mais uma vez, o dispositivo acusatório que deveria regular o trilhar processual, tem-se que a problemática da (in)definição da ‘ordem pública’ aumenta consideravelmente. Ora, quando alguém, o Ministério Público ou delegado, por exemplo, realiza um pedido de prisão preventiva pelo fundamento da necessidade da ‘garantia da ordem pública’, cabe à própria parte “traduzir” a ‘ordem pública’ no caso concreto para buscar o convencimento do juiz que a dita ‘ordem’ está em perigo a ponto de ter se prender o indivíduo para resguardá-la. Ao juiz, nesse caso, caberá analisar e pontuar, pela ‘significação’ dada pela parte, se o requisito elencado no artigo 312 do Código de Processo Penal está de fato presente, ou seja, observar e decidir se, a partir da explicação dada pela parte em comparação ao caso concreto ali em análise, cabe a prisão para a ‘garantia da ordem pública’. A decisão deverá ser

³⁵ “O sistema processual penal no Brasil é (e sempre foi) essencialmente inquisitório, e a manutenção desta estrutura processual se deu (e se dá) por razões políticas e ideológicas daqueles que detêm o poder” (POLI, Camilim Marcie de. **Sistemas Processuais** Penais. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.188).

fundamentada, claro, não bastando o mero acatar do pleito da parte, no estilo “defiro, conforme e pelos fundamentos exposto pelo Ministério Público”. Essa necessidade de fundamentação decorre de determinação constitucional³⁶, sedimentando-se ainda tal obrigação com o advento do CPC/2015 – no que diz respeito à fundamentação decisória³⁷, de modo que caberá ao juiz, em seu decisório prisional (acatando o pleito do Ministério Público ou delegado, portanto), fundamentar e explicitar as razões pelas quais entende que a ‘ordem pública’ estaria em risco a ponto de ter de prender o sujeito para garanti-la. Os limites estão adstritos ao pedido da parte que pleiteou a prisão preventiva, não podendo o juiz ir além – ou pelo menos não deveria.

No entanto, no caso da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, este terá ampla liberdade para preencher o significado da ‘ordem pública’. Se decide de ofício, além de se violar o sistema acusatório desenhado pela Constituição Federal – mas já que assim permite o Código de Processo Penal -, a discricionariedade será um elemento preponderante a se estabelecer na ‘significação’ daquele termo que é amplo, genérico e abstrato: a ‘ordem pública’. Eis o problema que nessa hipótese se torna ainda mais gritante. Caberá ao juiz, que decide de ofício por se prender alguém cautelarmente, determinar as razões pelas quais esse alguém é preso. Se o fundamento dessa prisão for o da ‘garantia da ordem pública’, é o próprio julgador que decidiu, por conta própria, efetuar essa prisão, que dirá quais são os motivos que assim o levam a decidir. Abre-se ampla margem para o arbítrio, uma vez que basta ao juiz preencher a ‘significação’ da ‘ordem pública’ com o discurso mais conveniente para a ocasião. Mais uma vez, a partir do verbo se faz concretude. No caso, uma prisão processual um tanto quanto controversa.

São essas algumas das problemáticas que se estabelecem a partir da análise da ‘ordem pública’ que constitui o objeto da presente pesquisa. Ainda sobre a forma na qual foi concebida a ‘ordem pública’, na exposição de motivos do Código de

³⁶ Conforme prevê o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”.

³⁷ Nesse sentido, sustentam Andreza Baggio e André Pontarolli que “*as normas processuais civis, que dispõem sobre a fundamentação decisória, devem ser observadas nas decisões proferidas no campo jurisdicional penal*” (BAGGIO, Andreza Cristina; PONTAROLLI, André Luís. Repercussões do Novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal: fundamentação das decisões. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. ISSN: 2525-9814, Salvador, v. 4, n. 1, Jan/Jun 2018, p. 51).

Processo Penal (1941), há um tópico que trata especificamente da prisão em flagrante e da prisão preventiva. Não há ali presente qualquer conteúdo concreto que auxilie a traduzir o significado do conceito que inovou o ordenamento jurídico pátrio ao estabelecer essa nova modalidade prisional no curso do processo. A ideia, ao que parece, era a de justamente alargar as possibilidades de se prender cautelarmente, uma vez que menciona a exposição de motivos que a prisão preventiva “*desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade*”, ou seja, confessadamente se explanou que a pretensão era a de romper limites que até então existiam. Determinando como pressuposto a “*existência de suficientes indícios para a imputação da autoria do crime*”, a exposição de motivos prevê que “*a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interessa da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei pena*”. É a única menção feita à ‘ordem pública’. Para além dessa hipótese prevista, o texto ainda menciona que seria aplicada a prisão preventiva para todo e qualquer crime cuja pena fosse igual ou maior que dez anos – independentemente de qualquer outro fator presente, ou seja, bastaria o *quantum* cominado ao crime em questão para que a prisão fosse automática - obrigatoriamente.

Enfim, esse é o contexto no qual nasceu o requisito da ‘ordem pública’ enquanto algo que possibilitaria (e possibilita) o aumento das hipóteses de segregação cautelar³⁸. Foi concebido já como algo indeterminado, conferindo assim desde sempre ao intérprete as mais amplas possibilidades de leituras sobre o termo. Originou-se como algo carente de um significado (mais) concreto, sendo carecedor de um referencial semântico apropriado para que sua aplicação jurisdicional fosse possível. Coube então (como parece ter sido justamente a proposta) ao intérprete (aqui como o juiz, o aplicador da lei, aquele que diz quem e quando deve ser preso no curso do processo) buscar estabelecer o conceito e significados possíveis da expressão, a fim de que o seu uso se efetivasse dentro daquela lógica então operante dentro do processo penal. Aliás, como já se adiantou e se verá mais especificamente, essa lógica é operante até os dias de hoje, quando por mais que se tenha uma

³⁸ “Com a influência direta, profunda e ampla do *Codice Rocco* (1930), o *Código de Processo Penal* [...] brasileiro de 1941, sob a égide de regime igualmente totalitário, estabeleceu a prisão preventiva pela garantia da ordem pública com óbvio e assumido objetivo de ampliar as hipóteses de prisão provisória”. (PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.)

Constituição Federal balzaquiana³⁹, o Código de Processo Penal (datado de 1941) nunca passou efetivamente por uma filtragem constitucional adequada, de modo que seguem vigentes não apenas institutos não condizentes com o panorama constitucional atual, mas também toda uma forma de pensar e se fazer a jurisdição⁴⁰ – inadequada com os aportes principiológicos erigidos no panorama pós Constituição/88.

Dada a permanência da ‘ordem pública’ no processo penal, tal qual foi concebida, situa-se essa como mais um dentre os diversos exemplos existentes no Código de Processo Penal que não estão alinhados em conformidade com a Constituição Federal. Mesmo após diversas reformas pontuais pelas quais passou o código, não houve êxito em ajustá-lo integralmente conforme a Constituição, se é que de fato já houve, alguma vez, uma pretensão legítima nesse sentido compartilhada de igual modo entre todos os que se digam interessados. Em que pese se tenha o apontamento constitucional de um processo penal de matriz acusatória, jamais se efetivou um processo com base nesse sistema. O desrespeito nesse sentido é evidente, uma vez que o Código de Processo Penal segue autorizando o juiz a produzir prova, prender de ofício e a se basear em elementos do inquérito policial para formar sua convicção para o decisório que será estabelecido no caso. Com a ‘ordem pública’, segue-se nessa mesma lógica operante: sua vagueza conceitual propicia que todas as práticas autoritárias presentes no processo penal brasileiro, lastreadas em uma matriz inquisitorial, continuem sendo praticadas reiteradamente.

Daí que, diante de sua vagueza conceitual que enseja na facilidade de preenchimento com qualquer argumento retórico, a ‘ordem pública’ acaba sendo o fundamento mais utilizado pelo Judiciário para se prender preventivamente⁴¹. Não é muito difícil encontrar um fundamento para algo que encontra uma conceituação

³⁹ Referência ao romance “A Mulher de Trinta Anos”, de Honoré de Balzac. Tornou-se expressão de uso comum dizer que “balzaquiano” é aquilo que faz ou conta com trinta anos. É nesse sentido que aqui se utiliza da licença poética para se referir à Constituição Federal, em seus trinta anos de vigência, como balzaquiana. Aliás, o maior evento de Direito & Literatura realizado no Brasil, o CIDIL (Colóquio Internacional de Direito e Literatura), em sua sétima edição (2018), utilizou o termo para estabelecer o tema do evento (“Narrativas e desafios de uma Constituição balzaquiana”).

⁴⁰ Segundo Jacinto Coutinho, “*tem-se a jurisdição como o poder de dizer o direito no caso concreto de forma vinculante e cogente*”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 196)

⁴¹ “*Certamente o fundamento mais invocado pelos juízes brasileiros para afirmar a existência de “periculum libertatis” e decretar prisão preventiva é a ‘garantia da ordem pública’, que sozinha ou conjugada com outro fundamento, encanta os julgadores*” (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 79).

sólida, adequada ou minimamente consensual. A decisão previamente já é dada – prenda-se -, restando ao julgador preencher a ‘tradução’ de ‘ordem pública’ para ter assim como justificada a sua decisão.

No campo da legislação, existe uma definição para o que viria a ser a ‘ordem pública’. O conceito é dado pelo Decreto n.º 88.777/83 – que regulamenta as polícias militares e o corpo de bombeiros militares. Assim está disposto na referida lei em seu artigo 2º:

21) Ordem Pública -.Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

O decreto também estabelece o que significaria a manutenção dessa dita ‘ordem pública’:

19) Manutenção da Ordem Pública - É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública.

Nesse sentido, ter-se-ia uma (tentativa de) conceituação da ‘ordem pública’ prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, é com ressalva que deve se proceder a leitura de tais dispositivos, refutando-os – pelo menos dentro do âmbito sob análise do presente trabalho, apontando-se aqui três razões para tanto. A um, por o conceito estar previsto numa lógica não alinhada com a finalidade da prisão preventiva. A dois, por o conceito ser problemático, não dando uma resposta satisfatória que possibilite uma compreensão fidedigna do que seria ‘ordem pública’ – formalmente a definição pode até conseguir êxito em seu intento, mas substancialmente o problema permanece: quando é que as ditas relações sociais e o interesse público (e o que seria o interesse público?) estariam em efetivo risco a ponto de se autorizar as “atuações predominantemente ostensivas” de que fala a lei a ponto de poder se prender gente? A vagueza permanece – ou é deslocada para outros termos (“bem comum”, “interesse público”...). E a três, pela necessária filtragem constitucional na qual não passa a conceituação legal ora exposta, pois, conforme Patrick Gomes:

É preciso que se diga que a clareza da definição conceitual explicitada [...] é oriunda de lei elaborada sob a vigência do regime de cariz totalitário já

superado pela Constituição da República de 1988, sem que, no entanto, sofresse as necessárias reformas em seu conteúdo.⁴²

Enfim, por mais possam ser encontradas discussões nesse mesmo nível ou em diferentes com relação as demais ‘ordens públicas’ existentes no campo do direito, frise-se que intencionalmente não se atentou para esse possível de maior abrangência, até mesmo porque seria impossível abraçar o todo. A lógica operante na ‘ordem pública’ do direito administrativo dificilmente será a mesma da do processo penal. E por mais que eventualmente possam se assemelhar em algum nível, pela própria imprecisão do termo, por exemplo, é certo que o direito administrativo não prende ninguém – diferente do processo penal. É somente na jurisdição penal que a reprimenda estatal dada é a prior de todas as espécies possíveis: a perda da liberdade. É em razão disso que aqui não está a se tratar, nem de longe, da ‘ordem pública’ de qualquer outro setor jurídico que não o processo penal, mais especificamente ainda no que diz respeito a ‘ordem pública’ enquanto fundamento que, caso em risco, possibilita se prender alguém que ainda não foi condenado com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Eis a necessidade de um trato específico sobre o tema. É, portanto, dessa ‘ordem pública’ que aqui se fala.

1.2 Prisão preventiva e processo penal: a finalidade da prisão cautelar

Tendo em vista a ‘ordem pública’ aqui pesquisada, faz-se necessária uma abordagem sobre o campo na qual está inserida, abrangendo tanto a prisão cautelar como o sistema (processual penal) na qual essa se situa.

Após se demonstrar o porquê do processo penal, expondo brevemente seu aporte principiológico – principalmente no pós-Constituição/88, especifica-se que a prisão que a ‘ordem pública’ “permite” é aquela de natureza cautelar, diferente, portanto, da prisão-pena. Deste modo, o objetivo aqui é o de apresentar qual a função/finalidade desse tipo de prisão no processo penal, possibilitando assim uma

⁴² GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2018. p. 39

análise nesse sentido de adequação/coerência com a forma pela qual a ‘ordem pública’ é entendida pela doutrina e pela jurisprudência.

É em razão disso que, desde já, é possível dizer que os únicos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal que se coadunam com a finalidade da prisão cautelar seriam os da ‘conveniência da instrução criminal’ e para ‘assegurar a aplicação da lei penal’⁴³, isso porque, conforme se observa, são os únicos que se coadunam com a razão de ser da prisão cautelar – ainda que sejam passíveis de críticas. Aliás, a própria noção de cautelaridade já merece ser vista com cautela ou reserva, uma vez que tal nomenclatura pode levar erroneamente qualquer um a se pensar nas medidas cautelares cíveis. Isso porque o próprio termo utilizado para designar o âmbito no qual se situa a prisão preventiva já pode ser criticado. Conforme aponta Zaffaroni, “*a expressão medida cautelar, tomada do processo civil, é um claro eufemismo, que sempre é uma forma de linguagem encobridora, própria de todo poder punitivo de modelo inquisitorial*”⁴⁴. Nesse sentido, pode-se apontar para a necessidade de uma teoria própria do processo penal, uma vez que a tratativa da matéria penal sob a égide da Teoria Geral do Processo (pensada e voltada para o processo civil, o qual trata, abrangentemente, de patrimônio, ou seja, diferente do processo penal, que lida com a liberdade) enseja em máculas diante da confusão que é feita sobre diversos institutos – veja-se, a título de exemplo, o próprio caráter de antecipação da pena que algumas das leituras da ‘ordem pública’ acarreta no processo penal, assemelhando-se a tutela de urgência prevista no processo civil. É por isso que alguns autores⁴⁵ propugnam a necessidade de se estabelecer uma Teoria do Processo Penal, diferenciando-a daquela Teoria Geral do Processo que foi construída visando os

⁴³ “*A prisão decretada por conveniência da instrução criminal, destinando-se a evitar ingerências indevidas na produção das provas e assim assegurar o normal desenvolvimento da instrução, funciona na tutela dos meios do processo, enquanto a decretação fundamentada na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, visando evitar fuga ou outra conduta que impeça a eventual imposição de pena, irá funcionar na tutela dos fins do processo*”. (KARAM, Maria Lúcia. Prisão e Liberdade Processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 2/1993. abr-jun/1993. p. 83-93.)

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 283

⁴⁵ Apenas a título de menção a alguns autores que defendem uma teoria própria para o processo penal, destacam-se Elmir Duclerc que vai dizer que quando os institutos próprios do processo civil são transportados para o processo penal, “*isso acaba desnaturando o processo da sua verdadeira função, isto é, de garantia da liberdade e obstáculo ao poder punitivo estatal*” (RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Por uma Teoria do Processo Penal**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 85), e Aury Lopes Jr., talvez o mais árduo e enfático defensor da proposta, que pontua que “*há chegado o momento [...] de desvelar a diversidade fenomenológica (e metodológica) das duas irmãs processuais e compreender que o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente*” (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70).

institutos do processo civil, evitando-se assim que decisões que afetam a liberdade do indivíduo sejam prolatadas com a mesma mente pensante com a que se decide sobre o patrimônio de alguém.

Nesse sentido, faz-se necessário estabelecer a estrutura na qual se fundam as medidas cautelares do processo penal, bem como apontar para os aspectos principiológicos que, além de as erigirem, as norteiam e fundamentam. Somente assim, definindo-se firmemente o chão que dá o fundamento para a possibilidade de se prender alguém no curso de um processo, é que poderá se verificar se as hipóteses e leituras feitas pela doutrina e pela jurisprudência estão de acordo, na mesma sintonia que essa base estruturante. Assim, tem-se a seguir a construção de todo esse aporte no qual se estabelecem as medidas cautelares no processo penal brasileiro.

Destaque-se que a principal questão que é posta em xeque ante a qualquer medida cautelar que restrinja a liberdade do indivíduo é a liberdade. Em sendo uma garantia prevista como direito fundamental⁴⁶, a liberdade deve ter o seu devido resguardo, uma vez que é a regra. Entretanto, em determinadas situações, excepcionais, é claro, faz-se necessário que essa liberdade seja restringida pelo Estado. Pode-se apontar, de maneira geral, para duas como sendo as hipóteses permissivas para que se restrinja a liberdade de alguém na seara penal: o tolhimento da liberdade em decorrência de uma condenação penal – com sentença transitada em julgado -, e a restrição da liberdade no curso de um processo penal em decorrência da necessidade de se resguardar a instrumentalização do próprio. Cuida-se, aqui, como se sabe, da segunda hipótese, a saber, aquela que permite que alguém seja preso, em situações restritas, enquanto e por estar respondendo a determinado procedimento criminal.

O que está em jogo, é bem verdade, é a liberdade do indivíduo que se vê cerceado de sua fruição ante a uma determinação judicial que ordena para que seja preso. Mesmo assim sendo, fato é que existem situações em que essa prisão processual, não decorrente de uma condenação criminal transitada em julgado, aparece como justa e legítima, até mesmo porque, com Alexandre Morais da Rosa, desconhece-se qualquer lugar do mundo em que seja proibido se prender

⁴⁶ O *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal garante aos brasileiros o direito à liberdade, além de especificar regramentos que impedem com que a liberdade do indivíduo seja tolhida que não em situações excepcionais, tal como as previsões dos incisos LIV e LVII do mencionado artigo.

cautelaramente⁴⁷. Daí que, desde que ancorado em seu devido grau de legitimidade (apoiado na Constituição, fundamentado, embasado nos ditames que fazem o processo penal a sua razão de ser), tendo-se a presunção de inocência como um verdadeiro dever de tratamento⁴⁸, o decisório que determina a prisão processual de alguém é plenamente possível, não se fazendo aqui qualquer óbice contra o instituto em si.

Um dos pontos iniciais a se levar em conta é a forma com a qual se analisa o ‘porquê’ do processo penal. Poder-se-ia perguntar: para que serve o processo penal? A clássica resposta, que há muito imperou nos manuais de processo penal, de que o processo serve para instrumentalizar o direito pena é insuficiente. É também verdade, mas não apenas isso. O processo penal lido enquanto proteção ao indivíduo é uma forma mais salutar de se compreender a dinâmica da jurisdição penal: o Todo, o Estado, com todo o seu poder, de um lado, enquanto de outro o indivíduo, apenas ele. A desproporção das forças é evidente. Para minimamente balizar essa diferença significativa de pesos e forças, o instrumento do processo penal não deve ser interpretado apenas enquanto tal, um instrumento. Se é verdade que o direito penal apenas pode “aparecer” através da procedimentalização do processo penal, também é que o processo penal serve como contenção ao arbítrio. Todo e qualquer indivíduo deve saber, de antemão, as regras do jogo: até onde o Estado pode ir, de que modo pode proceder para com a apuração dos fatos investigados, o que pode e o que lhe é vedado fazer. Daí que o processo penal acaba sendo também, e principalmente, um meio de garantia em prol do acusado, em prol do investigado, em prol de todo cidadão⁴⁹. É essa a perspectiva que merece vingar e se fazer valer, estando presente no âmbito social e jurídico no seio de todos os indivíduos que o compõem. O processo penal como contenção do arbítrio estatal, como garantia do acusado, como balizador dos atos procedidos pela jurisdição penal – é assim que deve ser compreendido.

Daí que no âmbito das medidas cautelares devem estar bem consolidados os mencionados aspectos principiológicos que vão permitir quando e como se poderá

⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 571

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23

⁴⁹ Nesse sentido, Pacelli vai dizer que “o contraditório e a ampla defesa constituem a base da estrutura do devido processo legal, em que, ao lado do princípio da inocência, autorizam a afirmação no sentido de ser o processo penal um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 330).

restringir a liberdade de alguém. Se essa restrição é possível em determinadas situações, essas devem estar muito bem delimitadas no próprio código, evitando-se que a jurisdição penal se exacerbe em suas funções e diga algo para além daquele mínimo permitido.

Estabelecendo-se como as categorias de base para aquilo que pode se chamar de teoria geral das prisões cautelares, salienta-se que devem ser observadas categorias próprias para o processo penal. Nesse sentido, recebe destaque a crítica feita por Aury Lopes Jr. quando aponta para impropriedade dos termos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* no âmbito do processo penal⁵⁰. São categorias próprias do processo civil que não servem para o processo penal. Tratam de coisas outras que não a possibilidade de se prender alguém que ainda é considerando inocente. Ainda, há uma ilogicidade presente ao se falar em “fumaça do bom direito” quando se está em discussão a prática de um crime e, ao mesmo tempo, busca-se prender alguém que é apontado como sendo autor desse crime. Daí que, ao considerar que as medidas cautelares que solapam a liberdade do indivíduo são voltadas para se proteger o próprio processo⁵¹, há de se ter categorias que sejam próprias do processo penal.

Ao considerar que, no processo penal, o requisito que permite se decretar qualquer medida coercitiva “*não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível*”⁵², o *fumus commissi delicti* se trata de uma categoria mais adequada para se apontar como requisito para a decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra medida cautelar. Nessa categoria, estariam presentes os elementos de ‘indícios mínimos de autoria’ e a ‘prova da existência do crime’ – como também estabelece o próprio artigo 312 do Código de Processo Penal. É o primeiro requisito, portanto, que deve ser apontado e demonstrado como presente para que seja possível estabelecer alguma medida cautelar no processo penal.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25

⁵¹ Nesse sentido, demonstrando com clareza qual a finalidade das medidas cautelares no processo penal, Aury Lopes Jr. vai dizer que “*as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir. São medidas destinadas à tutela do processo*” (LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25).

⁵² LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26

Um segundo requisito seria o do *periculum libertatis*, já que em determinadas situações poderia haver o risco ao processo no caso de o acusado estar solto⁵³, pelo que o perigo apontado decorreria justamente do estado de liberdade do indivíduo, podendo trazer mácula ao processo no caso de assim permanecer. Daí que, amparando-se em tal requisito, estabelece-se que há a necessidade de se restringir a liberdade do indivíduo para que o andamento do processo não seja prejudicado, tratando-se, de um fundamento que deve estar sempre presente em qualquer decisão na qual se determine a aplicação de qualquer medida cautelar contra alguém.

Firmando-se quais são os dois requisitos que devem sempre estar presentes quando da aplicação de qualquer medida cautelar, há ainda que se falar na principiologia que fundamenta essas medidas, cuja importância é destacada ao considerar que “*a base principiológica é estruturante e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico*”⁵⁴.

São os princípios que fundam e orientam o sistema das medidas cautelares no processo penal. É a partir desses que se estabelece o chão no qual deve estar calcada qualquer decisão que determine restringir a liberdade de alguém, aplicando-se e toda e qualquer das medidas previstas no código, uma vez que por mais que se tenha a prisão preventiva como a medida mais grave que acaba por tolher integralmente a liberdade do indivíduo, todas as demais medidas cautelares, diversas da prisão, afetam de igual modo, mas num nível menor, o direito de ir e vir da pessoa.

Em maior ou menor grau, toda e qualquer medida cautelar diversa da prisão, elencada no artigo 319 do Código de Processo Penal, diz respeito a supressão da liberdade do indivíduo, uma vez que uma imposição nesse sentido impede que se faça algo em decorrência justamente da medida determinada no processo criminal a que responde a pessoa. Daí a necessidade da estrita observância aos critérios principiológicos estabelecidos para quando da aplicação de quaisquer dessas medidas processuais, pois somente assim ter-se-á uma decisão fundamentada e a

⁵³ Aury Lopes Jr. vai apontar nesse sentido para os casos “*em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou em risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova)*”. (LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27)

⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31

excepcionalidade da medida estará sendo aplicada realmente a uma situação especial que assim exige.

A reserva jurisdicional⁵⁵ pode ser apontada enquanto o princípio reitor das medidas cautelares. Somente se é permitido prender alguém nos casos em que a lei autoriza e quando por decisão judicial que assim determine. Para além da excepcionalidade da prisão em flagrante, que por sua espécie de restrição de liberdade constitui, em realidade, uma medida precautelar⁵⁶, tem-se que sempre que o Estado prender alguém, somente pode o fazer quando autorizado para tanto e desde que justificada e fundamentada a decisão nesse sentido. O que merece relevo aqui, portanto, é a fundamentação da decisão⁵⁷ enquanto princípio norteador das medidas cautelares. Não basta a mera transcrição do dispositivo que autoriza a prisão processual de alguém – esse é justamente um dos problemas que se observa na fundamentação (sua ausência) das medidas cautelares, principalmente quando a decisão se baseia no requisito da ‘ordem pública’ -, exige-se que se diga, de maneira concreta, por qual razão se faz como necessária essa prisão. Há de se apontar para os fatos, para o que se tem nos autos processuais, especificando-se, a partir desses elementos, quais as razões que levam a autorizar o Estado a restringir a liberdade de uma pessoa. Não bastam os jargões, as frases de efeito, as frases prontas, o tecnicismo sem que esteja também presente a correspondência fática do que se diz na decisão. A fundamentação exige que se diga e se explique o porquê de se prender alguém no curso do inquérito ou do processo – e essa explicação deve estar ancorada nos limites permissivos para aquilo que se presta a medida cautelar processual penal, deste as quais, a prisão preventiva.

⁵⁵ Conforme estipula o artigo 5.º, LIV da Constituição Federal e o artigo 283 do Código de Processo Penal.

⁵⁶ Nesse sentido, aduzindo que pelo limite temporal existente com relação à duração da prisão em flagrante – até que se tenha a decisão judicial que diga algo a respeito da situação processual do flagranteado – o legislador estabeleceu o caráter precautelar da prisão em flagrante, Aury Lopes Jr. diz que “ninguém pode permanecer preso sob o fundamento “prisão em flagrante”, pois esse não é um título judicial suficiente” (LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53).

⁵⁷ Sobre o dever de fundamentação, a importante explanação de Nereu Giacomolli: “Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento, em determinado sentido. Não só a exteriorização escritural e pública do convencimento do magistrado possui relevância constitucional, mas também o grau de aceitabilidade produzido nos agentes envolvidos no caso penal, bem como na comunidade jurídica. Isso possibilita o entendimento do decisor pelos sujeitos e pelas partes, propiciando a impugnação adequada e plena”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as Alternativas ao Cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013 p. 15)

O contraditório⁵⁸ é outro princípio que se estabelece no âmbito das medidas cautelares, em que pese tenha as suas particularidades nessa situação. O contraditório⁵⁹ é aspecto fundante da própria ideia de processo: pelo diálogo entre duas partes, uma de cada lado de uma situação processual, possibilitando-se que ambas falem a respeito da controvérsia que resulta no ambiente processual no qual se situam, o julgador pode decidir levando em conta os pontos e os contrapontos que são trazidos pelas partes. É a dialética que possibilita um processo equânime. Pelo contraditório, ao acusado deve ser sempre garantida a manifestação após a acusação, e essa lógica deve se fazer presente em todos os atos do processo. Nas medidas cautelares isso não é diferente, principalmente ao se considerar que o que está em jogo é a liberdade do indivíduo. Entretanto, tem-se situações em que o contraditório acaba sendo diferido. Diz-se, por exemplo, na hipótese da determinação da prisão de alguém quando existir risco de fuga, de modo que, nesse caso, o contraditório prévio à determinação da medida não se aplica, “*sob pena de ineficácia da medida*”⁶⁰. Assim, há casos em que se faz necessária a determinação da medida prisional previamente ao exercício do contraditório pela parte, o que significa na postergação do exercício desse direito. De qualquer modo, a oportunidade para se manifestar sobre um pedido de prisão preventiva, ou ainda de qualquer outra medida cautelar diversa, deve ser garantida ao indivíduo, sob pena de violar um princípio constitucional que se aplica também em sede de medidas processuais penais que restringem a liberdade da pessoa⁶¹.

A acessoriedade é também uma das características das medidas cautelares, estabelecida enquanto princípio norteador do sistema de cautelares processuais penais. A ideia de acessoriedade “*está ligada à noção de que o provimento cautelar*

⁵⁸ “No direito, especialmente no direito processual, o princípio do contraditório está associado à construção de uma narrativa contrária a uma narrativa anterior, correspondentes às narrativas de requerido e requerente, respectivamente” (BAZZANELLA, Sandro Luiz; CANI, Luiz Eduardo. **Desenhando e esquematizando o contraditório**. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/desenhando-e-esquematizando-o-contraditorio>>. ISSN: 2526-0456. Acesso em: 09/12/2018)

⁵⁹ Uma vez que “a estrutura do processo é eminentemente dialética, informada pelo contraditório, marca distintiva dos demais procedimentos”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as Alternativas ao Cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 29)

⁶⁰ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34

⁶¹ É o que diz o § 3º do artigo 282 do Código de Processo Penal: “*Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo*”.

*não é um fim em si mesmo*⁶², ou seja, trata-se de uma medida assessória, pois não se constitui algo por si e que se basta por si própria. É algo do qual se utiliza visando o bom andamento de algo maior (o processo) objetivando que se chegue ao provimento jurisdicional final (a decisão judicial).

O princípio da provisionalidade é assim elencado enquanto tal diante do fato de que as medidas cautelares são sempre casos situacionais, uma vez que atrelada à hipótese fática que justifique a imposição da medida restritiva de liberdade. Assim, “*o desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, uma vez que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão*”⁶³. Deste modo, se, por exemplo, o imputado é preso preventivamente por estar destruindo provas documentais as quais a acusação busca ter acesso mediante ordem de busca, lastreada e decisão, portanto, no requisito da conveniência da instrução criminal, sua prisão deverá durar até o momento em que cessar o perigo de estar solto enquanto responde ao processo, ou seja, uma vez preso e tendo a acusação acesso aos documentos apreendidos por ordem judicial, não tendo mais como imputado destruí-las, pois já em poder do Estado, deixa de existir o suporte fático que possibilitou inicialmente a decretação da prisão processual, não havendo mais assim motivo para que a restrição da liberdade permaneça vigente, resta então a restituição da liberdade ao indivíduo. É nesse sentido que se vê o caráter situacional da medida cautelar estampado no princípio da provisionariedade.

A excepcionalidade diz respeito tanto às medidas cautelares em si, como pelo caráter residual que constitui a medida mais gravosa de todas: a prisão preventiva. Diz-se que apenas excepcionalmente pode ser decretada qualquer das medidas cautelares previstas no código – somente quando realmente necessárias para se garantir o bom andamento processual. Isso, por si, já constitui a excepcionalidade da medida, uma vez que a liberdade é a regra, sendo possível restringir a liberdade do indivíduo naquelas ocasiões em que a liberdade plena deste ensejar em risco ao processo. Mas há também que se observar que a excepcionalidade de que aqui se diz se dá com relação ao fato de a prisão preventiva figurar como a medida mais

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 706

⁶³ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36

excepcional de todas. É como se o magistrado, quando instado a decretar a restrição da liberdade de alguém no processo penal, tivesse em sua frente uma escadaria na qual cada degrau correspondesse às hipóteses possíveis de se aplicar as medidas cautelares. Nesse exemplo, deve o magistrado buscar sempre se manter na base (que corresponde à liberdade), evitando determinar qualquer medida contra o indivíduo. Porém, observando que realmente é necessário aplicar determinada medida, deve pautar sua condução pelo subir de poucos degraus, uma vez que esses primeiros avanços correspondem as medidas cautelares diversas da prisão. Na medida em que se avança, mais medidas em conjunto são aplicadas, pois o Código de Processo penal possibilita ao magistrado que essas sejam aplicadas isoladamente ou de forma cumulativa⁶⁴ – a depender, sempre, do contexto fático que justifique a aplicação de uma ou mais medidas. No topo da escadaria, em seu último degrau, do qual não há mais possibilidade de avanço, está a prisão preventiva – a mais grave das medidas cautelares do processo penal. Não há como o magistrado pular direto para o degrau último, pois a escadaria é bastante alta pelo fato de possuir diversos degraus. Para que seja possível se situar no topo desta, faz-se necessário que o juiz passe por todas as etapas, pisando em todos os degraus, a fim de observar se realmente é necessário continuar subindo. Somente no caso de vislumbrar serem frágeis os degraus, insuficientes para o que se busca tutelar (o processo), é que o magistrado poderá avançar até o topo, decretando-se a prisão preventiva, isso porque é sabido que “o cárcere não representa apenas a imobilização, mas principalmente a expulsão: ele significa uma prolongada, ou mesmo, e muito provavelmente, definitiva exclusão social”⁶⁵.

Nesse sentido, a excepcionalidade está prevista no próprio Código de Processo Penal⁶⁶, determinando que a prisão preventiva, em sendo a medida mais grave, deve

⁶⁴ É o que preceitua o § 1º do artigo 282 do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”.

⁶⁵ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 64

⁶⁶ É o que prevê o § 4º do artigo 282 do Código de Processo Penal: “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)”. Também é nesse sentido o disposto no § 6º do mesmo artigo: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

ser aplicada somente em último caso. É a medida que tolhe totalmente é a liberdade do indivíduo – eis a razão de ser o último recurso cabível quando de fato necessário.

Nereu Giacomolli sintetiza bem como deve funcionar o proceder nesse sentido:

Depois de verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção).⁶⁷

Cumprindo ainda destacar o critério da proporcionalidade que deve se situar no uso das medidas cautelares. É por esse princípio que o juiz se norteará quando da aplicação de alguma medida que restringe a liberdade do indivíduo. Por esse critério, tem-se que *“o instrumento não pode ir além do fim ao qual ele serve. O acessório segue o principal, mas não pode superá-lo ou ultrapassá-lo”*⁶⁸. O princípio da proporcionalidade deve sempre lastrear o uso das medidas cautelares – qualquer seja a adotada ao caso em concreto, uma vez que é justamente a partir do critério balizado pela proporcionalidade que se estabelecerá qual, quando e se a medida adotada é adequada. Deste modo, o princípio da proporcionalidade deve ser observado enquanto uma junção dos três seguintes fatores: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito⁶⁹. Esses critérios estão previstos no próprio Código de Processo Penal⁷⁰, como fito de que haja o devido balizamento quando da adoção de qualquer medida. Isso é feito para evitar, por exemplo, que um indivíduo, primário, que responda criminalmente pela prática do crime de furto simples, cuja pena não ultrapassa 4 anos e, mesmo no caso de haver condenação, esta não ensejará na

⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as Alternativas ao Cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 41-42

⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 710

⁶⁹ *“Por necessidade, a partir da intervenção mínima do Estado na esfera privada, proibindo o excesso [...] e privilegiando a medida menos gravosa, pela qual se violará o menos possível os direitos fundamentais do afetado (especialmente liberdade) e que poderá gerar efeitos equivalentes. Já adequação significa a relação positiva (apta) entre o meio e o fim da medida, ou seja, o meio empregado deve facilitar a obtenção do fim almejado. Não há sentido em se manter alguém preso cautelarmente se a pena a ser aplicada, ao final, não significar a privação da liberdade: o meio não se relaciona com o fim. E, proporcionalidade em sentido estrito implica em juízo acerca do custo-benefício da medida imposta, isto é, quais os princípios em jogo”* (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 578-579)

⁷⁰ É o que consta na redação do artigo 282 do Código de Processo Penal: *“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”*.

medida da prisão em regime fechado, tenha contra si decretada, no curso do processo, uma prisão preventiva. Estaria, nesse caso, a pessoa respondendo ainda durante o processo de forma muito mais grave do que a medida que lhe seria imposta no caso de condenação ao final do processo. Desproporcional a medida da prisão preventiva utilizada numa situação como essa, devendo, sempre, quando necessária a aplicação de determinada medida, fazer uso do critério da proporcionalidade para se estabelecer a medida que melhor se aplica ao caso.

É com base em todos esses apontamentos aqui reunidos⁷¹, de ordem técnico-processual e principiológica, que as medidas cautelares processuais penais devem se lastrear. Somente se poderá dizer como devida e aplicável determinada medida, incluindo aí, principalmente, a prisão preventiva, no caso de serem observadas todos esses parâmetros que fundam o sistema cautelar do processo penal. Assim, tem-se que as *“medidas cautelares têm por finalidade impedir o esvaziamento da própria atividade jurisdicional, visando garantir a eficácia de sua prestação”*⁷², ou seja, a restrição da liberdade imposta por decisão judicial deve estar adstrita ao fim a que se destina a medida, a saber, a proteção do próprio processo.

A pergunta a ser enfrentada é se as decisões exaradas no âmbito processual penal observam essa finalidade da medida. Prende-se preventivamente para assegurar o bom andamento do processo, ou nas decisões judiciais estão presentes as mais variadas justificativas que pseduopreenchem a fundamentação exigida constitucionalmente? O que é dito nas decisões que decretam as medidas cautelares processuais penais, e aqui se preocupa principalmente com a mais grave delas, a prisão preventiva, está de acordo com a finalidade da medida? Para o que se prende preventivamente no processo penal?

Conforme se observa adiante, o que se estabelece na doutrina e jurisprudência como sendo fundamentos possíveis para a prisão processual nem sempre está de acordo com a função da medida. Nesse sentido, vale a crítica de Antonio Scarance

⁷¹ Destaca-se que, a depender da obra que se consulte sobre o tema, a principiológica do sistema cautelar processual penal pode contar mais ou menos princípios. No presente trabalho, expôs-se os que se entende como os principais e fundamentais, o que não significa que outros elencados sejam de menor importância. Nesse sentido, alguns autores apontam para outros princípios, tais como o da provisoriedade, preventividade e cognição sumária.

⁷² MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 236

Fernandes⁷³ quando menciona que a prisão processual no Brasil exerce funções anômalas, destacando três delas, a saber, o seu caráter de antecipação de pena, sua decretação para impedir o direito ao recurso⁷⁴ e o seu uso voltado para o espetáculo público⁷⁵. Não é por menos que Jefferson Gomes vai apontar que ao considerar a problemática do processo penal voltado ao espetáculo, tem-se como consequência que “*em nome da audiência se manda às favas qualquer garantia do indivíduo, e a “justiça” passa a ser tão somente o que o empresário moral, a opinião pública e os juízes querem que seja*”⁷⁶.

A prisão preventiva possui sua razão de ser. Encontra amparo legítimo na ordem constitucional vigente. Porém, desde que quando determinada nas situações excepcionais em que o ordenamento jurídico permite. O magistrado não possui carta branca para se prender quem quer que o seja por todo e qualquer motivo. Há limites de possibilidades. Há previsões jurídicas e princípios que erigem essas possibilidades e devem ser estritamente observadas, ou seja, “*a prisão preventiva deve se curvar ao conteúdo e aos propósitos constitucionais (não o contrário) para criação de restrições de direitos devidamente legitimadas*”⁷⁷.

Diante disso é que se diz que a finalidade da prisão preventiva está para assegurar o bom funcionamento do próprio processo. Estando o processo ou inquérito em risco no caso de o imputado estar o respondendo em liberdade, poderá ser o caso da determinação da prisão preventiva. Prende-se preventivamente, portanto, para não

⁷³ FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 64/2007. jan-fev/2007. p. 239-252.

⁷⁴ Estava aqui a falar da previsão constante no artigo 594 do Código de Processo Penal – que determinava o recolhimento do acusado condenado em primeiro grau à prisão como condição de possibilidade recursal, vigente quando da manifestação do autor, dispositivo esse que foi revogado pela égide da Lei n.º 11.719/2008.

⁷⁵ Conforme explana Rubens Casara, os efeitos do “Processo Penal do Espetáculo” ganham forma e repercutem de modo drástico dentro de cada processo em que o fenômeno surge, de modo que “*no julgamento-espetáculo, todos querem exercer bons papéis na trama. Ninguém ousa atuar contra os desejos da audiência, sempre manipuláveis, seja por um juiz-diretor talentoso, seja pelos grupos econômicos que detêm os meios de comunicação de massa. Paradoxalmente, os atores jurídicos mais covardes, aqueles que têm medo de decidir contra a opinião pública(da), os que para atender ao “desejo de audiência” violam a lei e sonogam direitos fundamentais, são elevados à condição de heróis*” (CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 13-14)

⁷⁶ GOMES, Jefferson de Carvalho. **A Criminalização na Sociedade do Espetáculo: aportes hermenêuticos para a contenção do ativismo judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Petrópolis, 2018. p. 40-41

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

frustrar o desenvolvimento regular do processo. Qualquer outra hipótese de determinação da medida está desamparada das razões que a justificam, tornando-a ilegítima.

Nesse sentido, é com razão que Aury Lopes Jr., ao enfrentar a questão sobre qual seria o objeto da prisão cautelar, evidencia que:

as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. É importante fixar esse conceito de *instrumentalidade qualificada*, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.⁷⁸

A noção de cautelaridade, portanto, deve estar sempre adstrita aquilo que diz respeito ao processo. Somente assim, tem-se como possível a aplicação da medida prisional processual sem que ocorra, concomitantemente, violação à presunção de inocência.

Há de se evidenciar que “*a presunção de inocência é o marco inicial da análise da prisão cautelar [...] sempre de caráter excepcional, precário, subsidiário, nas hipóteses legalmente previstas*”⁷⁹. Daí se dizer que quando do conflito entre a suposta necessidade de se prender alguém cautelarmente com a regra da presunção de inocência, prevalece-se, na dúvida, a liberdade do indivíduo⁸⁰, uma vez que deve se prender preventivamente, apenas e tão somente, nas hipóteses concretas em que o contexto fático certamente apontar para a necessidade da segregação cautelar, somando-se ao amparo jurídico que a medida comportar. Enfim, há sempre de ser observado que a prisão preventiva é uma medida excepcional⁸¹.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 839

⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 575

⁸⁰ Nesse sentido, Jefferson Gomes vai dizer que “*podemos perceber que princípio entram em conflito diretamente no caso das prisões cautelares – direito à liberdade e dignidade da pessoa humana vs o interesse público através da garantia da ordem pública -, pensamos que não é difícil acreditar que neste caso os princípios inerentes às garantias individuais de todo o cidadão devem ter um peso maior que o interesse público, afinal teremos que recorrer à máxima que é melhor um culpado solto do que um inocente preso*” (GOMES, Jefferson de Carvalho. **A Criminalização na Sociedade do Espetáculo: aportes hermenêuticos para a contenção do ativismo judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Petrópolis, 2018. p. 72).

⁸¹ Em que pese se tenha que “*nos tempos atuais, a prisão preventiva se despe do caráter de exceção e veste a toga do insaciável desejo de “segurança” clamado pela mídia e pela população*” (NAZÁRIO, Ana Luíza Teixeira; PIRES, Érica Côrrea Simões. **A Necessidade da Prisão Preventiva Diante da Ameaça à Ordem Pública: não temos provas, mas temos convicção**. Disponível em:

Cabe aqui, por fim, especificar a distinção necessária entre a prisão pena e a prisão processual, a fim de evitar que os motivos que ensejam na prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado sejam confundidos com o amparo jurídico que permite a prisão preventiva⁸². Enquanto na prisão pena se tem o enclausuramento decorrente de uma decisão penal condenatória transitada em julgado, na prisão preventiva o que se tem é uma espécie de decisão interlocutória que permite a prisão de alguém por motivo determinado (devidamente previsto em lei) e adstrito àquela finalidade até que a razão de sua determinação cesse. Os fins da pena que costuma se classificar e apontar para justificar a razão da sanção penal (dizendo-se aqui das sempre mencionadas prevenção geral negativa, prevenção geral positiva, prevenção especial negativa e prevenção especial positiva⁸³) dizem respeito apenas à prisão pena, não se enquadrando como hipóteses de justificativa da prisão processual. Enquanto na prisão pena há uma previsão determinada do tempo em que a prisão durará, na prisão processual esse tempo de duração inexistente⁸⁴. Enfim, em se tratando de prisão pena e prisão processual, uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa.

Resta, portanto, demonstrado que a finalidade da prisão processual diz respeito à manutenção da regularidade do próprio processo. O uso de tal medida deve estar amparado, sempre, somente quando da observância de uma hipótese em que se faça necessário assegurar o bom andamento processual. Qualquer outra incidência de uso da prisão preventiva estará desancorada nos fundamentos que erigem e possibilitam o seu uso.

<<http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-necessidade-da-prisao-preventiva-diante-da-ameaca-a-ordem-publica-nao-temos-provas-mas-temos-conviccao-1508702722>>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 21/11/2018).

⁸² Nesse sentido, Thiago Minagé vai dizer que “o erro de premissa que considera o processo penal como adjetivo do direito penal acaba por permitir a transposição de teorias inerentes à pena [categoria própria de direito material] para atos puramente processuais, como por exemplo, a prisão cautelar” (MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 152).

⁸³ “As funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 841).

⁸⁴ Com exceção da controvertida prisão temporária, prevista e regulada pela Lei n.º 7.960/90, uma vez que traz em seus dispositivos o prazo máximo de duração da medida.

1.3 Ordem pública como fundamento da prisão preventiva

Fixando-se os pontos destacados nos subcapítulos anteriores, “conecta-se” neste os itens 1.1 e 1.2, definindo-se estruturalmente o corpo/objeto de análise de trabalho, tendo-se que está a se falar da ‘ordem pública’ presente no artigo 312 do Código de Processo Penal.

É nesta parte que serão apresentadas as diversas conceituações, definições e explicações que o conceito comporta – pelo viés da doutrina jurídica. Para tanto, o resultado da pesquisa bibliográfica é que fornece os elementos aqui expostos, trazendo ao trabalho alguns autores que trabalham com o processo penal em suas obras, quaisquer sejam suas posturas acadêmicas, que criticam ou conceituam a ideia de ‘ordem pública’, a fim de se ter um “apanhado geral” do que a doutrina entende por este conceito. Optou-se pela escolha direcionada de conceituados autores de processo penal, a saber, aqueles que geralmente são utilizados na academia (principalmente na graduação), nos tribunais, citados e referenciados por grande parte da comunidade jurídica. Ainda assim, as menções aqui realizadas não abarcam o todo acadêmico do processo penal, uma vez que vários autores deixaram de ser citados⁸⁵ por se entender como suficiente o apanhado realizado neste tópico. Privilegiou-se, para o fim que se destina essa parte da pesquisa, os livros de cursos e manuais.

O que a doutrina processual penal entende por ‘ordem pública’?

A ‘ordem pública’ aparece como sendo um dos fundamentos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal – o dispositivo que permite se prender preventivamente. Para além de todo o aporte principiológico das medidas cautelares já observadas, a medida da prisão preventiva requer ainda que sejam preenchidos fundamentos próprios que a possibilitam. Além daquelas questões pontuadas em seu artigo 313⁸⁶, o Código de Processo Penal elenca quatro requisitos que autorizam o

⁸⁵ Poder-se-ia realizar ainda a busca em outros autores que também se situam nesse contexto acadêmico, tais como Nestor Távora, Damásio de Jesus, Tourinho Filho, Vicente Greco Filho, entre outros. Porém, dada a impossibilidade de se alcançar o todo, reafirma-se que os mais de dez autores citados nesse tópico do trabalho são suficientes para se estabelecer o apanhado geral acerca do que se pretende aqui demonstrar: o que a doutrina entende por ‘ordem pública’.

⁸⁶ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

uso da medida. São eles: para ‘assegurar a aplicação da lei penal’, por ‘conveniência da instrução criminal’, para garantia da ‘ordem econômica’ e para garantia da ‘ordem pública’. Cada um dos requisitos possui suas leituras e hipóteses concretas de cabimento – legítimos ou não. Interessa aqui a ‘ordem pública’ e o que se diz sobre ela. O que significa a ‘ordem pública’ que deve garantir através de uma prisão processual?

O conceito recebe diversos contornos e significações, uma vez que não há previsão legal definindo o que vem a ser aquela ‘ordem pública’ prevista no artigo 312 do CPP. Assim, “*em parte, a culpada é a lei. Declinando “ordem pública” como sustentáculo primário da prisão cautelar, deixa a lei a desejar quanto a uma singela explicação sobre definições e limites da tal “ordem pública”*”⁸⁷. Mas há também a parcela de culpa presente em parte da doutrina, pois, pelo que consta, está “*fora de dúvida que a doutrina brasileira, ao dar parca importância à perenização do autoritarismo, permite a intermitência dos mecanismos propriamente inquisitoriais*”⁸⁹.

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

⁸⁷ SOUZA, André Peixoto de. **Ordem Pública e Prisão Preventiva**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/ordem-publica-prisao-preventiva/>>. ISSN: 2446-8150. Acesso em: 08/09/2018

⁸⁸ A título de exemplo comparativo, o *Código Procesal Penal* chileno, estabelece precisamente em seus *artículos* 139 ao 141 quais as hipóteses concretas que possibilitam ou não o uso da *prisión preventiva*. O legislador chileno, principalmente após a ampla reforma processual penal do país, optou por estabelecer na própria lei quais são as situações específicas em que se pode prender alguém preventivamente. Talvez se assim fosse feito no Brasil, alguns problemas observados no uso dessa medida cautelar diminuíssem. É a aposta de Rosimeire Ventura Leite quando defende que “*para auxiliar o magistrado em seu processo decisório e na tarefa de motivar o ato, seria primordial o legislador indicar critérios delimitativos da noção de ordem pública, como o faz a legislação chilena. Com isso, ao menos o problema da vagueza do termo seria mitigado, embora ainda permanecesse a questão referente à legitimidade de a custódia cautelar abrigar interesses extraprocessuais*” (LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil – Volume II**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018. p. 140). Ainda assim, não se acredita que desapareceriam todos os problemas, uma vez que se entende ser “*fundamental [...] uma mudança de mentalidade, de cultura. Dito por outras palavras, não se pode acreditar que apenas mudanças legislativas possam imprimir um novo atuar processual [...] sem que haja indispensável mudança de mentalidade inquisitiva*” (NEVES, Luiz Gabriel Batista; CERQUEIRA, Marina. Por que a prisão cautelar no Brasil é uma medida *prima ratio* (?): uma análise crítica aos desafios para a efetivação da Lei n.º 12.304/11. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil – Volume II**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018. p. 120).

⁸⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In. GOSTINSKI,

A ‘ordem pública’ é o fundamento legal de mais difícil definição, ensejando na necessidade de que se diga sobre o que significa. E alguém sempre irá dizer o que é que ela, a ‘ordem pública’, significa - daí a razão de voltar uma atenção em particular para esse requisito, considerando as possibilidades que o seu uso permite⁹⁰.

O que é dito, portanto, pela doutrina processual penal, acerca do ‘significado’ e das hipóteses de aplicação da ‘ordem pública’ enquanto fundamento (para se garanti-la) que possibilita a prisão preventiva?

Eugênio Pacelli destaca que enquanto os requisitos da ‘conveniência da instrução criminal’ e ‘para assegurar a aplicação da lei penal’, presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal como fundamentos que possibilitam a decretação da prisão preventiva, possuem caráter instrumental, uma vez que se destinam à proteção do próprio processo, o requisito da garantia da ‘ordem pública’ aponta numa direção diversa, pois a sua tutela não diz respeito ao processo. Logo no início de sua abordagem sobre o tema, Pacelli destaca que *“a se lamentar – e muito – que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas alterações em matéria de prisão e de medidas cautelares, tenha se mantido a expressão garantia da ordem pública e econômica”*⁹¹. Sua análise se dá, portanto, em tom crítico.

O autor questiona, ao tratar da ‘ordem pública’, *“porque razão a Lei nº 12.403/11, em pleno século XXI, resolveu insistir em manter a esdrúxula expressão?”*⁹². Elenca então que a prisão preventiva decretada para tal fim se destinaria para a proteção da comunidade, e não para a do processo, pressupondo-se nesse caso que a coletividade pode ser atingida caso o apontado como autor de determinado crime não venha a ser preso. Mesmo se assim for considerado, o autor aponta que a expressão ‘garantia da ordem pública’ é de difícil definição, uma vez que

Aline; QUEIROZ, David (orgs.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 219

⁹⁰ Maria Lúcia Karam vai dizer que o requisito da ordem pública *“merece maior cuidado em sua apreciação, na medida em que costumeiramente se propõe seja ele entendido como um permissivo para a desvinculação da prisão provisória de sua finalidade de tutela dos meios e fins do processo penal de conhecimento, fazendo-a assumir um intolerável caráter penal (verdadeira antecipação de pena), diante do clamor provocado pela gravidade do delito ou periculosidade de seu autor”*. (KARAM, Maria Lúcia. Prisão e Liberdade Processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 2/1993. abr-jun/1993. p. 83-93.)

⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 555

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 556

pode acabar sendo utilizada como justificativa para o controle da vida social. Porém, mesmo considerando as críticas cabíveis ao instituto, Pacelli aceita que existem determinadas situações em que a gravidade do crime ultrapassa o perigo traduzível pela pena cominada abstratamente ao tipo penal, fazendo-se perceber pela forma de execução do delito, cuja barbárie e desprezo pelo bem jurídico violado com a ação passaria a exigir que o Poder Público tomasse alguma providência efetiva e imediata, a saber, a decretação da prisão preventiva para a ‘garantia da ordem pública’, uma vez que, em situações como essa, a própria legitimidade da jurisdição penal estaria em risco. Reconhece o autor, porém, que dada a complexidade da problemática, todo cuidado seria sempre muito pouco. Daí que, evidenciando a necessidade de cautela para tanto, Pacelli aceita que a ‘ordem pública’, o seu resguardo, possa servir como fundamento para a prisão preventiva naquelas situações em que o crime for gravíssimo e existir o risco de novas práticas criminosas pelo apontado como autor, além de ainda ser constatada a situação de intranquilidade coletiva na comunidade⁹³.

Fernando Capez é um autor que não problematiza o conceito da ‘ordem pública’. No capítulo de seu livro que destina à abordagem da prisão processual, trabalha o requisito da ‘garantia da ordem pública’ em apenas dois parágrafos. Não há qualquer crítica presente, apenas uma conceituação concisa do que significaria garantir a ordem pública: impedir que novos crimes sejam praticados no curso do processo. Ao tentar estabelecer uma explicação desse requisito prisional, Capez simplesmente menciona se tratar de uma hipótese na qual se permite prender o indivíduo para impedir que, solto, continue praticando crimes. Menciona que a prisão para a ‘garantia da ordem pública’ seria um caso típico de *periculum in mora*, uma vez que a demora na persecução penal acabaria colocando em risco toda a sociedade. Daí que por não se poder aguardar todo o transcurso processual para somente então se prender o indivíduo, seria autorizado ao Estado retirar a pessoa, desde logo antes, do convívio social⁹⁴.

O autor menciona, é bem verdade, que o clamor popular, ou ainda, a gravidade da imputação, por si só, não seriam motivos idôneos para se prender preventivamente sob o requisito da ‘garantia da ordem pública’, pois muitas injustiças poderiam advir

⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 556-559

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330

de fundamentações como essas. Mas, ao que parece, assim se manifesta por (e para) estar em acordo com orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que aponta nesse sentido. Seja qual for a motivação para essas ressalvas, o que se observa é que a posição de Capez com relação a ‘ordem pública’ é pela possibilidade de seu uso, para sua garantia, como fundamento da prisão preventiva, quando for necessária para evitar a reiteração de práticas delituosas pelo agente, caso solto, pondo-se assim, com a prisão, fim ao risco que a sociedade pudesse sofrer⁹⁵.

Aury Lopes Jr. adota um tom muito mais crítico ao lidar com a problemática, mencionando ser tal postura uma resistência à banalização do mal. Desde logo, deixa evidenciado que “*as prisões preventivas para a garantia da ordem pública [...] não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais*”⁹⁶. Para o autor, a forma com a qual a ‘ordem pública’ é concebida enquanto fundamento para a decretação da prisão preventiva degenera a finalidade da medida, transformando tal medida processual numa atividade típica de polícia, pois ao invés do caráter de instrumentalidade processual da prisão, a ‘garantia da ordem pública’ é utilizada indevidamente como medida de segurança pública. Assim, a prisão preventiva decretada com base em tal fundamento seria ilegítima diante do fato de não estar alinhada com a finalidade cautelar que erige essa modalidade de prisão processual⁹⁷.

Além disso, o autor aponta para o grave problema da imprecisão e vagueza do termo ‘ordem pública’, o qual carece de qualquer referencial semântico. Critica ainda o fato de Lei n.º 12.403/11 não ter suprimido essa previsão. Assim, diante da indeterminação conceitual do termo, o seu preenchimento se torna possível pelo uso da retórica. É disso que resultam as leituras que são realizadas sobre a ‘ordem pública’, tal como o clamor público, que se confunde com a opinião pública e publicada (pela mídia). A prisão decretada sob o fundamento da ‘garantia da ordem pública’ viola, para o autor, o devido processo legal e a presunção de inocência, uma vez que recebe notórios contornos de pena antecipada. Em alguns casos, a prisão nessa circunstância acabaria por atender tanto a natureza de pena antecipada como a de medida de segurança, pois muitas vezes o que se pretende é o isolamento de um indivíduo que é apontado como criminoso. Daí que Aury Lopes Jr. evidencia a

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330-331

⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 839

⁹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 839

inconstitucionalidade da prisão preventiva decretaria para a ‘a garantia da ordem pública’, pois todas as leituras que lhes são estabelecidas, principalmente pelo Judiciário, não condizem com o caráter cautelar que é atinente à medida, uma vez que não se tutela o processo com o seu uso. Diante disso, sendo ainda necessária a observância aos princípios da legalidade e taxatividade, o autor aponta ser absolutamente inadmissível a realização de qualquer interpretação extensiva (*in malam partem*) que acabe por ampliar o conceito de ‘cautelar’ a ponto de transfigurá-lo em medida de segurança pública. Eis o porquê defende a inconstitucionalidade da prisão preventiva para a ‘garantia da ordem pública’⁹⁸.

Edilson Mougnot autoriza o uso da medida cautelar mais gravosa sob o fundamento da ‘garantia da ordem pública’ pelas mais diversas razões e fundamentos. Por mais que diga não ser pacífico o significado da expressão, tanto na doutrina como na jurisprudência, o autor estabelece variadas possibilidades como justificadas para se prender cautelarmente caso amparadas pelo fundamento da ‘ordem pública’. Mougnot atribui o critério de periculosidade do agente a ser levando em conta como forma de leitura da ‘garantia da ordem pública’. Para o autor, o que tal previsão legal busca é a manutenção da paz no corpo social, o que ensejaria na necessidade de se prender preventivamente para impedir que o réu voltasse a delinquir no curso do processo. O resguardo da credibilidade da Justiça também seria um argumento válido na visão do autor, pois a lei visa reafirmar a autoridade e a validade de ordem jurídica – a qual estaria em risco diante da prática criminosa do agente. Ainda, amparando-se também em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, Mougnot afirma que a gravidade do delito é motivo idôneo enquanto leitura da ‘ordem pública’, independente de se tratar de gravidade abstrata ou concreta, inclusive se essa gravidade for auferida pelos fatos investigados no processo, bem como para se assegurar a credibilidade da justiça, a qual seria colocada em descrédito no caso de permanecer solto um acusado de crime grave⁹⁹.

O que se observa em Mougnot é uma ampla autorização do uso da ‘ordem pública’ enquanto fundamento que possibilita a prisão preventiva. O autor fomenta as

⁹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 840-842

⁹⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 518

possibilidades de leitura do requisito, pugnando por sua utilização nas mais diversas situações possíveis existentes na doutrina e na jurisprudência.

Luiz Cláudio Silva e Franklyn Roger Alves Silva trabalham muito rapidamente com o tema. No tópico de seu manual de processo penal que é destinado ao requisito da ‘garantia da ordem pública’, os autores destinam os dois primeiros parágrafos para fazerem longas citações doutrinárias – que ocupam a integralidades desses parágrafos. Nos únicos outros dois parágrafos que seguem, já que o tópico termina com a colação da ementa de um julgado, não assumem posição. Antes, limitam-se a expor que doutrina e jurisprudência não aceitam o clamor público como leitura possível da ‘ordem pública’, bem como a comoção social também não se trataria de motivação idônea para justificar uma prisão preventiva para a ‘garantia da ordem pública’¹⁰⁰.

Por mais que não haja uma construção doutrinária realizada pelos autores, uma vez que apenas apontamentos de alguns poucos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais são feitos, tem-se que as citações realizadas possuem um viés crítico – no sentido de apontar para algumas insuficiências prático-conceituais no uso do termo ‘ordem pública’.

Gustavo Badaró inicia a abordagem sobre a temática em seu manual de processo penal destacando a vagueza e o conteúdo indeterminado da expressão ‘ordem pública’. Evidencia que se tem o risco da liberdade individual como consequência da ausência de um referencial semântico para o termo. Diante disso, “*tudo cabe na prisão para garantia da ordem pública*”¹⁰¹, destacando-se diversos exemplos de leituras do termo que são encontradas na jurisprudência: insensibilidade moral do acusado, credibilidade da justiça, clamor público, repercussão na mídia, preservação da integridade física do acusado, entre outros.

Para autor, prender para ‘garantir a ordem pública’ significa antecipar alguns efeitos práticos da condenação criminal, ensejando numa espécie de execução penal antecipada. Badaró reconhece que os tribunais se utilizam de maneira constante do fundamento da ‘ordem pública’ para se prender preventivamente, passando a apontar

¹⁰⁰ SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de Processo e Prática Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 226-228

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 738

para algumas das significações dadas pela jurisprudência. Feitas algumas exposições nesse sentido, o autor se posiciona inicialmente no sentido de que não se pode aceitar que a prisão preventiva para a 'garantia da ordem pública' seja decretada após ter passado muito tempo do crime. Demonstrando sua postura crítica, Badaró parece aceitar uma única interpretação acerca da 'garantia da ordem pública', esta que seria compatível de maneira menos imperfeita com os regramentos legais que erigem o instituto: diz-se de quando a prisão é decretada para se evitar a prática de infrações penais. Seria isso ou o autor apenas faz menção ao máximo que seria permitido significar o termo ao considerar a existência dos que defendem a constitucionalidade do dispositivo. A questão da posição adotada pelo autor não fica muito clara. Mas de qualquer forma, as críticas realizadas contribuem para a problematização proposta¹⁰².

Renato Brasileiro de Lima é um autor que trabalha com ênfase e profundidade a questão da 'ordem pública'. Inicia sua abordagem sobre o tema logo destacando a vagueza e a indeterminação do conceito. Ao problematizar o tema e elencar diversos pontos para fundamentar o seu posicionamento, o autor destaca que existiriam três correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade de decretação da prisão preventiva para a 'garantia da ordem pública'. A primeira seria a corrente minoritária, a qual aduz que a prisão fundada em tal requisito possui motivação com caráter de antecipação de pena, não sendo dotada, portanto, de fundamentação cautelar. Para os seus adeptos, as medidas cautelares de natureza pessoal, estando aí a prisão preventiva, só poderiam ser aplicadas quando vinculadas à seguridade do processo. Uma segunda corrente seria a de caráter restritivo, esta que confere à 'garantia da ordem pública' a ideia de possibilidade de determinação de prisão preventiva com base nesse fundamento quando da necessidade de se resguardar a sociedade da prática reiterada de crimes em virtude da periculosidade do agente, ou seja, é a que entende ser possível prender para evitar a reiteração delitiva – desde que baseada em dados concretos que assim apontem e não com base em meras ilações. Já a terceira corrente seria aquela que possui um caráter ampliativo de seu uso e significações possíveis, pois possibilita que a prisão seja decretada com base na

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 738-740

‘garantia da ordem pública’ até mesmo naqueles casos em que se fala em ‘clamor pública’ e ‘credibilidade da justiça’¹⁰³.

Pelo que consta da leitura de seu manual de processo penal, Renato Brasileiro de Lima se filia à segunda corrente mencionada, uma vez que, ao tratar dessa, aduz que é com acerto que se sustenta que “*a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente*”¹⁰⁴. Para o autor, decretando-se a prisão preventiva para se garantir a ‘ordem pública’ com base nessa leitura mencionada, o caráter cautelar da medida seria preservado, pois entende que ao se impedir que o réu continue a praticar delitos, a prevenção geral enquanto princípio estaria resguardada. É nesse sentido que entende e autoriza o uso da medida com base no fundamento exposto.

Guilherme de Souza Nucci, ao tratar dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, autoriza e legitima o seu uso amparado na ‘garantia da ordem pública’ em variadas hipóteses. O autor elenca muitas daquelas leituras costumeiramente apontadas como “traduções” da ‘ordem pública’ e acata várias delas, fazendo ressalva para algumas poucas situações em que o seu uso não seria permitido. Assim, ao reconhecer que a hipótese da ‘ordem pública’ é aquela que possibilita a mais ampla e flexível interpretação, conceitua-a com quando da “*indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito*”.¹⁰⁵

O autor defende que se o crime for grave, ensejando em repercussão e reflexos negativos na vida das pessoas, cabe ao Judiciário determinar a prisão processual do agente. Nucci elenca três fatores que seriam as visualizações daquilo que entende por ‘ordem pública’, a saber a gravidade concreta da infração, a repercussão social do crime e a periculosidade do agente. Seria a partir da leitura de tais fatores que, caso presentes, possível seria a prisão preventiva para a ‘garantia da ordem pública’. Esses fatores provocariam uma espécie de quadro legitimador da prisão preventiva, diante dos quais o juiz deveria analisar se estariam presente ao menos um binômio para a decretação da medida cautelar, ou seja, presentes pelos menos duas das

¹⁰³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015. p. 937-942

¹⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015. p. 938

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 621-622

“significações” dadas à ‘ordem pública’ (lidas como péssimos antecedentes do réu, gravidade concreta do crime, envolvimento com organização criminosa, entre outros), possível e necessária seria a prisão processual. Necessário mencionar ainda que Nucci faz algumas ressalvas quanto algumas impossibilidades de se dizer o que seria a ‘ordem pública’. Por exemplo, o autor refuta que se possa prender alguém para ‘garantia da ordem pública’ para se proteger esse próprio alguém. O seu posicionamento, portanto, amplia as possibilidades de uso do termo, chegando inclusive a defender como indispensável a decretação da prisão preventiva para se afastar a sensação de impunidade.¹⁰⁶

Adriano Bretas critica o termo ‘ordem pública’ pelo fato de que a decretação da prisão preventiva sob o seu fundamento distorce a finalidade endoprocessual para a qual se presta a medida. O autor vai dizer que é através de políticas executivas de segurança pública que se garante a ordem pública, e não através do instrumento da prisão preventiva. Pontua ainda que *“a impressão que se tem é que o Estado estabelece um diálogo cínico com o cidadão”* quando se prende alguém para a ‘garantia da ordem pública’, pois *“além de não cumprir o seu papel, o Estado, ainda por cima, procura se desincumbir de sua incumbência não cumprida, mediante prisões preventivas”*¹⁰⁷.

O autor critica ainda a generalidade do termo. Aponta-o como uma forma vazia que possibilita ser preenchida com qualquer recheio de retórica, quebrando a própria segurança jurídica do jurisdicionado. Daí que com isso se possibilitam as confusões sobre o seu significado, quando por exemplo se confunde ‘ordem pública’ com ‘clamor social’. Desta forma, Adriano Bretas critica a leitura que se faz da ‘ordem pública’, principalmente aquela que é realizada pela jurisprudência, a qual acaba por confundir a medida com a perspectiva de reiteração delitiva, sendo também criticável essa “significação” por se tratar de um exercício de futurologia¹⁰⁸. Adriano Bretas, portanto, assume um viés crítico acerca da ‘ordem pública’, não permitindo o seu uso diante da vagueza conceitual e refutando as leituras encontradas na doutrina e

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 621-623

¹⁰⁷ BRETAS, Adriano. **Apontamentos de Processo Penal**. 1ª Ed. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2017. p. 74

¹⁰⁸ BRETAS, Adriano. **Apontamentos de Processo Penal**. 1ª Ed. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2017. p. 75-76

jurisprudência por estas não dizerem respeito ao caráter acautelatório da prisão preventiva.

Alexandre Morais da Rosa propõe uma perspectiva própria de leitura do processo penal, a saber, uma leitura dada a partir da teoria dos jogos. Em sua principal obra, na qual trata da análise do processo penal como um todo a partir da mencionada perspectiva, quando enfrenta o problema da ‘ordem pública’, o faz com um fulgor crítico. Destaca logo no início de sua abordagem que o fundamento da ordem pública é manipulável retoricamente. O autor aduz que toda conduta criminalizada altera a dita ‘ordem social’, de modo que seria embuste redizer o que já é para justificar a medida cautelar prisional. A menção à ‘ordem pública’ como requisito presente no artigo 312 do Código de Processo Penal se trataria de algo evidentemente vago e ambíguo *“para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos teóricos, valendo, por todos, a anemia semântica do art. 312 do CPP”*, de modo que isso acaba por possibilitar *“àquele que conhece um pouquinho da estrutura linguística pode[r] construir artificialmente tais pseudo requisitos, cuja falsificação – pressuposto -, diante da contenção, será inverificável”*¹⁰⁹.

O autor critica o fato de a maioria dos Tribunais manipular, de forma retórica, as premissas para que se faça valer a mentalidade autoritária, ensejando-se numa ampla utilização das prisões cautelares sob o mote da ‘ordem pública’. O que possibilitaria a decretação da prisão preventiva pelas decisões judiciais nada mais é do que mero contorcionismo. Pura retórica injustificável. Daí que Alexandre Morais da Rosa defende ser inidônea qualquer prisão que se fundamente no requisito da ‘garantia da ordem pública’, uma vez que inexistente qualquer espécie de previsão legal que explicitamente as imputações que poderiam ensejar a ‘ordem pública’. Justificadas seriam apenas as prisões cautelares para ‘garantia da instrução criminal’ e ‘aplicação da lei penal’¹¹⁰.

Renato Marcão, em seu Curso de Processo Penal, inicia a abordagem sobre a ‘ordem pública’ com o questionamento de o que poderia servir como fundamento para se prender preventivamente sob tal argumento. Para buscar responder à pergunta, o

¹⁰⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 585

¹¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 585-587

autor traz inicialmente o sentido que é dado ao termo pelos tribunais a partir de dois julgados, que se traduziria a possibilidade de se prender alguém para a ‘garantia da ordem pública’ quando para evitar a reiteração delitiva e quando da necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições. A partir disso, expõe o seu entendimento sobre o tema, aduzindo que a intranquilidade social causada pelo crime é algo no qual a prisão preventiva para a ‘garantia da ordem pública’ pode se lastrear, ou ainda quando demonstrada a probabilidade de reiteração delituosa. Autoriza também o uso da medida com base no referido fundamento quando a periculosidade do agente puder ser demonstrada a partir do *modus operandi* no caso concreto. Há também a manifestação daquilo que não se entende como fundamento apto a “traduzir” a ‘ordem pública’. Elenca o autor que as hipóteses de crimes que causam clamor público ou comoção social possam ser utilizadas como fundamento para tanto. De igual modo, refuta alusões à conceitos abstratos, tais como a sensação de impunidade gerado na sociedade e a ofensa às instituições sociais e familiares, não podendo, portanto, extrair a necessidade de ‘garantia da ordem pública’ da gravidade abstrata do crime.¹¹¹

Seja como for, Renato Marcão pontua que “*é preciso [...] que o magistrado demonstre empiricamente a necessidade incontestável da medida excepcional que é a prisão antecipada, e o ato judicial que a formaliza deve conter fundamentação substancial*”¹¹². A abordagem do autor sobre o tema é peculiar, dizendo-se assim pelo fato de que aparenta entrar em contradição num certo ponto. Em que pese trabalhe com o conceito em apenas uma página, aponta de maneira bastante direta o que entende como justificável ou não o significado da ‘ordem pública’. Porém, enquanto num parágrafo aduz que a intranquilidade social causada pelo crime é motivo apto a ensejar a prisão para a ‘garantia da ordem pública’, ao final de seu trato temático afasta a possibilidade de ler a ‘ordem pública’ e sua garantia como forma para preservar a credibilidade do Poder Judiciário ou para evitar a sensação de impunidade. O que pode se extrair do posicionamento do autor é que este entende como autorizado o uso da medida, com base no fundamento da ‘ordem pública’, quando concretamente o juiz observar que pela forma de cometimento do crime, tal fato ensejar em afronta à paz social e a estabilidade das instituições.

¹¹¹ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. n.p.

¹¹² MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. n.p.

De tudo o que foi até então aqui exposto, resta certo que não há consenso acerca do significado de 'ordem pública' no processo penal estabelecido pela doutrina processual penal. Há autores que a criticam a ponto de considerá-la inaplicável, devendo assim ser afastada como hipótese de fundamento para a prisão preventiva. Parece ser o posicionamento mais correto, pois todos os significados dados 'ordem pública' não dizem respeito à finalidade a que se destina a prisão processual. Há também aquela parcela mais moderada, que afasta algumas possibilidades de uso do fundamento da 'garantia da ordem pública', mas a aceita para determinados casos. Ainda, observa-se que há autores que tratam a 'ordem pública' como algo no qual cabe uma interpretação mais ampla acerca de sua significação.

Diante do até aqui levantado, não se encontra fundamento suficiente para se ter como justa a determinação de uma prisão preventiva com base no requisito da 'garantia da ordem pública', uma vez que *“a prisão para a garantia da ordem pública possui um defeito genético: não é cautelar. Portanto, substancialmente inconstitucional, embora vedete do processo penal brasileiro”*¹¹³. Faz-se necessário, portanto, o avançar na análise temática, procurando em outros contextos de aplicação se o fundamento resiste a uma filtragem processual-constitucional-democrática. É o que se faz a seguir.

¹¹³ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 79

2. A JURISDIÇÃO FALA: O QUE O JUDICIÁRIO ENTENDE COMO ORDEM PÚBLICA?

Finda a primeira parte do trabalho, pode-se dizer que é possível vislumbrar uma conclusão inicial: não há, na doutrina, um consenso sobre o que vem a ser, de fato, a 'ordem pública'. Há traços que se assemelham a depender daquilo que determinado autor diz quando comparado com outro, assim como também se constata uma corrente mais crítica que refuta a possibilidade do uso da 'ordem pública' para se prender alguém. O que se observou foram posicionamentos diversos que, por não possuírem uma mesma base fidedigna na qual se pauta a 'ordem pública' que se visa tutelar com a prisão preventiva, tem como consequência a fragilidade de qualquer pretensa ideia de 'ordem pública' enquanto fundamento legítimo e idôneo para o fim a que se destina. É que, como se viu, por dizer respeito de matéria do direito que lida especificamente com a liberdade das pessoas, o princípio da legalidade merece estrita observância, além de que no campo processual penal a forma deve ser vista como garantia. Daí dizer que a 'ordem pública' não se sustenta no campo da dogmática processual penal.

Isso não significa dizer, numa ótica primeva, que tal indefinição impossibilite o uso de tal requisito no campo do processo penal (por mais que o posicionamento adotado no presente seja pela sua refutação), seja pelo fato de alguns autores concordarem em alguns pontos em comum sobre o seu significado – legitimando a sua aplicabilidade, seja pelo fato de que no campo da jurisdição posta em prática a 'ordem pública' aparecer de modo costumeiro – sempre prendendo gente. Talvez a jurisprudência possa oferecer então uma saída digna ao conceito?

Diante disso, o que se analisa e se apresenta neste capítulo é aquilo que o Judiciário diz sobre a 'ordem pública'¹¹⁴, a fim de servir como uma segunda forma de

¹¹⁴ Salutar mencionar a pesquisa realizada por Fauzi Hassan Choukr, poucos anos após o advento da Constituição Federal de 1988 (em 1993), em que o autor buscou, no exercício jurisprudencial, um conceito para a 'ordem pública' como fundamento da prisão preventiva. Sua conclusão se deu nos seguintes termos: “[...] após cinquenta anos de vigência do CPP [...] os Tribunais ainda não conseguiram construir linhas valorativas para delimitar a ideia de ordem pública, ficando assim o tema ao sabor do arbítrio e não da discricionariedade”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar – uma visão jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 4/1993. out-dez/1993. p. 89-93.)

análise sobre o tema para melhor amparar a análise crítica pretendida com a presente pesquisa.

É no campo da jurisdição que a significação recebe contornos mais significativos. Assim se diz pelo fato de que é a partir de uma decisão judicial que o jurisdicionado percebe as consequências do agir estatal por meio do Judiciário. É o juiz que procede a subsunção do fato à norma¹¹⁵. É a decisão do magistrado que torna possível e válida a prisão de alguém. É o decreto prisional que leva o agente a ser preso pelo dito fundamento de que a sua liberdade representa um risco a ‘ordem pública’. É a partir do que diz e decide o juiz criminal que a liberdade de alguém é assegurada ou é autorizado que haja a sua restrição. Assim sendo, necessário se faz a análise do que diz a jurisdição a respeito do tema: o que dizem os juízes sobre o que significa a ‘ordem pública’ no processo penal?

Antes de se proceder a análise da pesquisa realizada para o presente trabalho, bem como explicar acerca do método que se empregou para tanto, destaca-se desde já que o Judiciário costuma confundir¹¹⁶ o uso da ‘ordem pública’ ante aos diferentes significados que atribui ao termo – estes não condizentes com a finalidade da prisão cautelar. Não é um problema apenas da doutrina (parte dela), portanto, fazer da ‘ordem pública’ um conceito em que tudo cabe. Prende-se preventivamente pelos mais diversos motivos, e quando não se tem definida concretamente a justificativa para essa restrição da liberdade, a ‘ordem pública’ entra em cena para garantir o fundamento jurídico ao magistrado, amparando a decisão que impõe a restrição à liberdade de alguém. É o que se observa nas várias decisões judiciais que enfrentam o tema, pelo que pode se dizer que

¹¹⁵ Cabe aqui a crítica de Paulo Ferrareze Filho quanto a hipótese de subsunção do fato à norma na medida em que se trabalha com o pressuposto narrativo na decisão judicial: “*deixa de ser cabível a hipótese de subsunção de um fato à norma jurídica correspondente, pois os fatos, em si, por narrados, são naturalmente controvertidos, multivertidos. A associação será necessariamente entre a conclusão narrativa e de um suposto fato e a prescrição normativa mais adequada. Ou seja, não há consenso nem sobre o fato, nem sobre a norma que deve ser aplicada. Essa complexa relação, muitas vezes reduzida a uma tonta simplicidade como a subsunção, é que vai justificar omissões, ênfases, sintetizações interessadas, depurações bem ou mal feitas, esquecimentos nas decisões judiciais*”. (FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão Judicial no Brasil: narrativa, normatividade e subjetividade**. Florianópolis: EMais, 2018. p. 28-29)

¹¹⁶ “*Tribunais de todo o Brasil (e até os Superiores) insistem em confundir “ordem pública” com comoção social. E, assim sendo, o crime “chocante” ou “midiático” ganha a pecha de haver abalado a sociedade, num íntimo arquetípico moldado pelo inconsciente coletivo que clama por JUSTIÇA*”. (SOUZA, André Peixoto de. **Ordem Pública e Prisão Preventiva**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/ordem-publica-prisao-preventiva/>>. ISSN: 2446-8150. Acesso em: 08/09/2018)

O fundamento da ordem pública para o decreto de prisão preventiva gera dois problemas principais e interligados: o primeiro é a legitimidade de a prisão cautelar ser utilizada como mecanismo de proteção de interesses extraprocessuais e o segundo é a dificuldade de definir o conceito de “ordem pública”.¹¹⁷

No campo jurisdicional, compete ao magistrado dizer o significado dos conceitos jurídicos, uma vez que é a partir da sua decisão, da sua interpretação¹¹⁸ do caso concreto em consonância com as normas jurídicas ali aplicáveis, que a concretude surgirá. Se o juiz disser que o indivíduo, solto, representa risco ao processo e, portanto, deve ser preso, assim decidindo, tal indivíduo será preso a partir desse entendimento do magistrado. O problema reside justamente naquilo que o juiz entende sobre o mundo a partir do seu ‘eu’¹¹⁹. Porém, há limites no campo da interpretação que não podem simplesmente ser rompidos – nem mesmo pelo poder estatal que se estabelece através da jurisdição. Ao juiz não cabe interpretar como bem entender. Necessário, portanto, frisar a fala de Jacinto Coutinho: “interpretar [...] não

¹¹⁷ LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil – Volume II**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018. p. 129

¹¹⁸ Para além da pretensão racionalização do Direito, principalmente no que tange à decisão judicial, há o fato (aqui tido como problemático) de que o juiz é pessoa como toda e qualquer outra. Isso faz com que, ciente ou não desse fator, o subjetivismo apareça nas decisões jurídicas, em maior ou menor grau – a depender da consciência do magistrado sobre esse fato. Isso repercute no problema da ‘ordem pública’ de maneira bastante significativa, de modo que é possível se dizer que “*embora a teoria da decisão judicial aparentemente se guie pela aplicação da razão e da lógica, sabe-se que essa compreensão é ingênua. [...] A decisão é humana, e, como tal, suscetível a contingências*” (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 860). Daí então que há a proposta para que se admita a impossibilidade de racionalização plena, de modo que o jurista “*faça a prova real de si mesmo, o teste da realidade, para que se salve de si mesmo enquanto andar nas bordas limítrofes do poder, desconfiando de sua própria racionalidade*” (WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. Florianópolis: EModara, 2018. p. 78)

¹¹⁹ Lenio Streck aponta para dois fatores, que seriam “predadores” do Direito, como sendo os principais responsáveis pelas mazelas do Direito – resultando na discricionariedade no âmbito da decisão judicial. Diz o autor que “*podem ser detectados dois tipos de “predadores” do Direito: os endógenos, que funcionam no plano da dogmática jurídica (entendida como senso comum teórico), pelo pampriologismo, pelos embargos declaratórios (instrumentos utilizados para “salvar” decisões mal fundamentadas), pelas teses que relativizam a coisa julgada, pela aposta na discricionariedade judicial (que, no Brasil, não tem maiores diferenças da arbitrariedade), pela aposta no ativismo e nas suas derivações, como o instrumentalismo processual e todas as formas e fórmulas que deslocam o problema da legitimidade da interpretação/aplicação do Direito em favor do protagonismo judicial [...]. Na outra ponta, tem-se os “predadores exógenos”, que funcionam no plano da teoria do Direito, podendo ser destacados, tradicionalmente, a inserção (e o uso) da moral como corretiva do Direito, a política, pelas constantes reformas que buscam fragilizar direitos fundamentais e, finalmente, os discursos law and economics, que pretendem colocar o Direito a reboque das decisões pragmaticistas (para dizer o mínimo)*” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 631-632).

*é uma carta em branco que se dá ao intérprete, seja ele qual for, do ministro do STF ao mais humilde dos servidores públicos*¹²⁰.

A ‘ordem pública’ é um desses conceitos que acaba tendo de ser enfrentado pelo Judiciário em casos concretos. Quando é que há o risco à ‘ordem pública’ a ponto de se fazer necessário prender alguém? E o que é a ‘ordem pública’ para o Judiciário? As respostas que surgem são variadas, em que pese, assim como na doutrina, muitas se assemelhem em seus contornos ou em suas bases. Entretanto, o que deve ser levado em conta é se nessa significação dada pela jurisdição os limites interpretativos estão presentes – e ainda se estes de acordo com a finalidade da prisão cautelar. Vale frisar, portanto, que “*nem tudo é possível e que nem todas as respostas são certas, do ponto de vista da Constituição e da democracia*”¹²¹, ou seja, não se pode dizer que tudo o que se diz sobre a ‘ordem pública’ é correto somente pelo fato de que os tribunais assim dizem, principalmente quando se levando em conta que “*o Brasil teve vultuosa multiplicação de sentidos de ordem pública, o que gerou impossibilidade de determinação semântica do referido termo nos tribunais*”¹²².

A jurisdição é una. Em que pese se tenha como imperiosa a existência de posicionamentos diferentes entre tribunais com relação a dados temas, há sempre de ser observado o limite. O juiz não é proibido de interpretar. Há muito o positivismo exegético já foi superado, e não é disso que se trata quando da cobrança de parcela da doutrina por uma postura menos decisionista. Não existe apenas o “juiz boca da lei” como contraponto possível ao juiz ativista. A questão da interpretação do Direito e a forma pela qual devem os juízes decidir possui contornos profundos na qual muitos juristas e filósofos tratam com esmero sob diversas perspectivas possíveis¹²³. O que

¹²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 110

¹²¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 29

¹²² PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

¹²³ Diversos são os autores, estrangeiros e nacionais, que se dedicam para o estudo da interpretação no (e do) direito, alguns deles aqui citados. As perspectivas adotadas por cada qual levam a formularem premissas diferentes e, conseqüentemente, caminhos diferentes para que se chegue numa melhor forma de se realizar a interpretação no campo jurídico. Nem de longe é a pretensão do presente trabalho realizar uma abordagem profunda em quaisquer das teorias propostas pelos juristas e filósofos que se ocupam com a questão. As menções aqui feitas a Dworkin (direito como integridade), Lenio Streck (crítica hermenêutica do direito) e Ferrajoli (garantismo jurídico), por exemplo, são meras pinceladas de suas propostas teóricas que indicam os caminhos possíveis para a realização de uma melhor interpretação judicial. Em que pese caminhem esses autores em pisos diversos, em maior ou menor grau, o fato é que todos estão preocupados com o estabelecimento de um limite para a

se busca é uma mínima uniformidade presente nas decisões. Coerência. Os juízes podem, e até devem, divergir, mas dentro de um âmbito interpretativo previamente delimitado, sob pena de se ter decisões díspares sobre um mesmo assunto em cada canto do país. Por tais razões é que se diz que *“para que os Tribunais mantenham a uniformidade do direito, é necessário que haja uniformidade na sua interpretação e aplicação quando do julgamento dos casos, por ser um requisito do próprio Estado Constitucional de Direito”*¹²⁴, ou seja, no caso da ‘ordem pública’, o que se busca é justamente analisar se essa uniformidade na interpretação é observada na jurisdição posta em prática, sem que, caso assim se observe, isso resulte em acerto, uma vez que para além da coerência necessária, há também de se fazer presente o respeito aos limites da interpretação sobre o termo em questão.

Assim sendo, o que se tem nos próximos tópicos deste capítulo é justamente uma abordagem acerca da prática jurídica com relação à ‘ordem pública’ no processo penal. Explica-se de que modo se optou para realizar a pesquisa “empírica” nesse sentido, o método empregado na análise, um apanhado geral sobre diversas decisões analisadas e alguns apontamentos críticos sobre o discurso empregado pelo Judiciário na construção da significação da ‘ordem pública’ enquanto requisito para a prisão preventiva no processo penal.

2.1 Análise de julgados (STF 2007-2017): método empregado

Buscar “o que o Judiciário diz sobre ‘ordem pública’” é algo muito amplo, cuja abertura demasiadamente grande impossibilitaria qualquer pesquisa. É necessário algum tipo de recorte, e isso foi feito para a pesquisa.

interpretação judicial – uma barreira para a qual além dessa não seria possível avançar o juiz no ato da decisão judicial. Foge-se aqui apenas daquelas propostas que conferem ao juiz ampla autonomia para decidir conforme julgar melhor a partir de suas próprias razões, permitindo-se assim o decisionismo. É por tal razão que o presente trabalho não se alinha a qualquer proposta pragmática do direito, por se entender que esse arcabouço teórico enseja em muito mais risco para o arbítrio judicial na medida em que confere ao juiz julgar de acordo com as consequências práticas de sua decisão (postura consequencialista), inexistindo a imposição de limites adequados para a decisão judicial – na qual se realiza a interpretação do direito e repercute no caso concreto, ou seja, na prática jurídica.

¹²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 240

Sendo assim, neste subcapítulo é explicado detalhadamente todo o método que foi utilizado na pesquisa, desde os critérios de escolha para o recorte temporal, até a forma pela qual os resultados foram analisados.

Destaca-se desde logo que aqui se está longe de qualquer pretensão de tratar da problemática da ‘ordem pública’ baseando-se em números¹²⁵. Mas eles aparecem como resultado da pesquisa nas decisões judiciais que foi realizada. Não se trata de uma análise jurimétrica nem nada do tipo. Estabeleceu-se meramente um recorte temporal para que se tivesse alguma base mínima para poder se dizer sobre o que o Judiciário diz a respeito da ‘ordem pública’ no processo penal. A relação numérica ora apresentada é mera consequência dessa pesquisa.

Num primeiro momento, optou-se pelo Supremo Tribunal Federal como fonte de pesquisa de decisões jurídicas. A justificativa se dá tanto pelo fato de que se diz competir ao órgão máximo do Poder Judiciário o estabelecimento dos parâmetros (entendimentos jurisprudenciais) que delimitem questões que digam respeito à liberdade do indivíduo, uma vez que a matriz dessa garantia é constitucional, como também por ser lá que “desembocam” as decisões que inicialmente decidem sobre a ‘ordem pública’, sendo levadas as discussões a respeito ao Supremo, muitas das vezes, por meio da interposição de Habeas Corpus e outros recursos. Assim, tem-se que a problemática a respeito da ‘ordem pública’ no processo penal se estabelece inicialmente a partir dos juízos de primeira instância, pois é o juiz da causa que determina a prisão preventiva de alguém sob o fundamento da ‘garantia da ordem pública’. Nem sempre é certo, pois a decisão também pode ser dada pelo Tribunal de Justiça de determinado estado ou pelo Tribunal Regional Federal de determinada região – ou ainda, mesmo que excepcionalmente, pelos Tribunais Superiores. Porém, o que se observa é que na maioria das vezes o problema (decidir sobre a ‘ordem pública’) que é levado ao Supremo Tribunal Federal se inicia na primeira instância do Poder Judiciário. Assim, a consulta com relação a problemática em análise realizada junto ao STF permite que se tenha contato com decisões de variados Tribunais de todo o país, pois, como já dito, é de onde chegam os casos que são discutidos órgão

¹²⁵ Nesse sentido, o alerta de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior ao dizer que “*é sempre um risco pensar o direito, que trata da normatividade, através dos números. Cai-se na armadilha da Law and Economics de se raciocinar por uma ótica utilitarista, retirando a autonomia do direito*”. (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 95)

máximo do Poder Judiciário brasileiro. Deste modo, a escolha pelo Supremo Tribunal Federal como fonte de pesquisa jurisprudencial permite uma maior abrangência com relação ao discurso que é empregado acerca da ‘ordem pública’ – em que pese o que está em análise é o que o próprio Supremo diz a respeito da questão.

Feito isso, dada a necessidade de se estabelecer um novo recorte, agora temporal, escolheu-se analisar o período compreendido entre os anos de 2007 a 2017 com o fito de se ter uma amplitude suficiente para poder se analisar o que mais recentemente vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da ‘ordem pública’.

O ano inicial da pesquisa, 2007, foi assim definido como marco ao considerar que se trata do ano seguinte ao estabelecimento da atual Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06), cuja política repressiva a este crime, a chamada “guerra às drogas”, costuma ser apontada como responsável pelo aumento da população carcerária no Brasil¹²⁶, incluindo aí os presos provisórios. Nesse mesmo sentido, aponta-se para um trabalho realizado em que também se analisou o discurso do Supremo Tribunal Federal sobre o tema aqui abordado. Em sua pesquisa realizada junto ao programa de mestrado na Universidade de Brasília, Patrick Gomes aponta que a Lei de Drogas se tratou de um “*marco legislativo que contribuiu para formação de uma nova discursividade penal, no âmbito da Suprema Corte*”¹²⁷, o que contribui para dar azo à perspectiva aqui adotada.

Para se realizar a pesquisa consultiva às decisões do Supremo Tribunal Federal, utilizou-se da ferramenta de pesquisa de jurisprudência que o próprio site¹²⁸ do STF disponibiliza. Há, no site, um link que fornece ao usuário dicas de pesquisa¹²⁹, das quais se utilizou para potencializar a busca através dos verbetes escolhidos. Na parte das dicas, o site sugere que sejam utilizadas palavras consideradas como

¹²⁶ Nesse sentido, a obra de Luís Carlos Valois que trata da questão a fundo: “*Nossa posição [...] está estreitamente ligada aos males que o superencarceramento, resultado da guerra às drogas, causa para toda a sociedade como um todo*”. (VALOIS, Luis Carlos Valois. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 21)

¹²⁷ GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremos Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2018. p. 87

¹²⁸ Link para o site do STF: <http://portal.stf.jus.br/>

¹²⁹ A janela que é aberta após se clicar em “dicas de pesquisa” pode ser vista no seguinte link: <http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeral&pagina=ajudaPesquisaJurisprudencia&popup=S>

essenciais à pesquisa, utilizando o usuário entre os termos alguns operadores (símbolos que representam atribuições na busca de dados – no caso do site do STF, são conectores [termos] que possuem objetivos próprios a depender do que se pretenda com a pesquisa).

Considerando que na tabela explicativa do site os principais operadores que estavam mais de acordo com a pesquisa pretendida eram os termos ‘ou’ (cujo objetivo é assim definido: “*Procura por qualquer uma das palavras. É necessário utilizar os parênteses*”) e ‘e’ (cujo objetivo é assim definido: “*Procura todas as palavras desejadas em qualquer lugar do documento*”), após a definição dos verbetes que seriam utilizados na busca, o termo de pesquisa foi o seguinte: ‘ordem pública’ E (preventiva OU requisito).

As aspas simples foram utilizadas em ‘ordem pública’ também por sugestão do próprio site, uma vez que lá consta que “*para buscar uma determinada expressão, palavras compostas ou para buscar palavras que também sejam operadores, utilizar aspas simples (")*”. Como isso se aplicava à pretensão de se pesquisar pela ‘ordem pública’, utilizou-se em tal termo as aspas simples. Já os termos ‘preventiva’ e ‘requisito’ foram utilizados com a tentativa de melhor delimitar a pesquisa, evitando-se que aparecessem nos resultados qualquer ‘ordem pública’ que não aquela do processo penal que é utilizada para se prender preventivamente. Ainda assim, como logo abaixo se demonstra, muitos resultados desse tipo surgiram, os quais tiveram de ser desconsiderados por fugirem do objeto de pesquisa.

Assim tendo sido feito, estes foram os primeiros resultados (divididos aqui por ano conforme também foi feito manualmente, uma vez que o site não possibilita restringir o ano que se pretende pesquisar): 91 julgados no ano de 2007; 152 julgados no ano de 2008; 130 julgados no ano de 2009; 190 julgados no ano de 2010; 176 julgados no ano de 2011; 253 julgados no ano de 2012; 299 julgados no ano de 2013; 217 julgados no ano de 2014; 179 julgados no ano de 2015; 160 julgados no ano de 2016; 169 julgados no ano de 2017. Totalizaram, assim, 2.016 decisões presentes na pesquisa. Esses resultados foram organizados em uma tabela de arquivo “.doc” (Word Office), tendo sido colocadas as seguintes informações em cada coluna: numeração cardinal (a fim de se proceder a contagem do número das decisões resultantes da pesquisa); processo (onde consta o tipo de processo, seu número e o estado originário); data do julgado; ministro relator; ementa; link do julgado (onde foram

colocados os links que dão acesso diretamente à decisão, tendo ainda sido todos diminuídos através de um “encurtador de URL” a fim de facilitar a pesquisa por qualquer interessado); comentários (onde eventualmente for colocadas algumas informações extras sobre os casos).

No entanto, conforme já adiantado, fez-se ainda necessário fazer um corte inicial nas pesquisas obtidas. Isso porque muitos dos resultados diziam respeito à ‘ordem pública’ que não aquela que se pretendia pesquisar – quando não ainda se tinham resultados que eram obtidos em decorrência dos termos ‘requisito’ e ‘preventiva’ que não importavam para a pesquisa. É o caso, por exemplo, do Mandado de Segurança 30.329/DF, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, que dizia respeito a supressão de pagamento de vantagem remuneratória em cargo público. O verbete ‘requisito’ ensejou nesse resultado – que acabou tendo de ser desconsiderado por razões óbvias. De igual modo ocorreu com o termo ‘ordem pública’ uma série de vezes – ao fazer relação com ‘defensoria pública’, ‘questão de ordem’ ou ainda ‘ordem pública’ enquanto questão diferente daquela que se trata do objeto da pesquisa.

Assim tendo ocorrido, confeccionou-se uma nova tabela, num segundo arquivo (a fim de manter a integridade da primeira versão, possibilitando-se a consulta comparativa de uma tabela com outra, a fim de que que possam ser observados quais foram os resultados retirados nesse processo de descarte), na qual permaneceram presentes aquelas decisões que realmente diziam algo a respeito da ‘ordem pública’ enquanto fundamento da prisão preventiva no processo penal. Ainda assim, ficaram algumas sobras. Assim tendo sido feito, os números após tal recorte ficaram da seguinte forma: 64 julgados no ano de 2007; 110 julgados no ano de 2008; 93 julgados no ano de 2009; 127 julgados no ano de 2010; 105 julgados no ano de 2011; 132 julgados no ano de 2012; 176 julgados no ano de 2013; 130 julgados no ano de 2014; 132 julgados no ano de 2015; 117 julgados no ano de 2016; 139 julgados no ano de 2017. Totalizaram, assim, 1.325 decisões presentes na pesquisa.

É, portanto, com base nessas decisões obtidas através dessa pesquisa com o método de consulta apontado, que se analisou de que modo o Supremo Tribunal Federal decide acerca da ‘significação’, aplicação e possibilidades de se dizer a ‘ordem pública’ no processo penal.

Necessário mencionar, como muito bem apontou Warat, que se reconhece aqui que *“toda pesquisa implica em uma seleção arbitrária e fragmentada de informações. O que equivale a dizer que nenhum tema pode ser esgotado”*¹³⁰. Assim se diz tanto com relação a temática da presente pesquisa, como também, quiçá principalmente, com o recorte que aqui foi estabelecido.

Deste modo, estabelecida a base na qual se ampara a pesquisa jurisprudencial dessa dissertação, a saber, os resultados obtidos através da plataforma de pesquisa do site do Supremo Tribunal Federal¹³¹, passa-se a tecer alguns apontamentos sobre o que se observou nesses casos em questão. Intenta-se compreender minimamente como se dá o exercício jurisdicional da prisão cautelar de pessoas sob o manto da ‘garantia da ordem pública’, analisando-se o discurso imperante em decisões desse viés. A hipótese era a de que tal fenômeno se trata de mero discurso que se ampara na ordem da retórica, uma vez que deixa de observar aspectos fundantes da natureza da prisão cautelar, bases principiológicas que norteiam a jurisdição penal e a própria estrutura do processo penal. É o que se procede na sequência.

2.2 Algo sobre alguns dos casos analisados

Considerando o grande número de resultados obtidos na pesquisa empírica para o trabalho, impossibilitada resta a análise individual de cada um dos julgados pesquisados. Desta forma, numa espécie de pesquisa por amostragem, alguns dos casos estudados recebem comentários um pouco mais específicos.

Mesmo que com a já reconhecida arbitrariedade presente na escolha dos julgados que são abaixo mencionados, justifica-se que se optou por expor um pouco mais detalhadamente esses a fim de contemplar exemplos de diferentes ilustrações daquilo que é dito pelo STF acerca da ‘ordem pública’. É que, conforme se verá na última parte desse trabalho, as definições dadas à ‘ordem pública’ em muito se

¹³⁰ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1995. p. 7

¹³¹ Não se tendo qualquer pretensão de esgotamento do tema, pelo que sequer é possível se dizer que foi realizada uma análise que contemplou todas as decisões sobre a temática dentro do período informado. Não foram analisados onze anos de decisões, mas sim as decisões resultantes da busca em uma plataforma de pesquisa de decisões no site do Supremo Tribunal Federal que dá acesso ao conteúdo integral de cada uma das decisões analisadas.

assemelham – seja nos casos de refutação das ‘significações’, seja nos casos de acolhimento da leitura feita como sendo legítima. Assim, com o fito de se ter um apanhado geral dessas leituras quando abordadas pela jurisdição, escolheu-se quarenta e quatro decisões, divididas entre o período pesquisado, para serem aqui apresentadas.

O enfoque na análise dos julgados se deu sobre o enfrentamento do requisito da ‘ordem pública’ quando presente. Ressalte-se tal ponto diante do fato de que há decisões em que havia mais de um requisito que permitia o cárcere cautelar. Diz-se, por exemplo, do pressuposto da ‘conveniência da instrução criminal’ que algumas das vezes se via utilizado como fundamento em conjunto à ‘garantia da ordem pública’. Resultado disso é que em algumas decisões denegou-se o Habeas Corpus interposto com o fito de se discutir a ‘ordem pública’ pelo fato de que o segundo requisito também presente estava demonstrado, o que acabou ensejando na não discussão acerca do significado dado ‘ordem pública’ – isso e ainda quando a concessão da ordem de um habeas corpus se deu pelo excesso de prazo na duração da medida cautelar, ocasião em que a ‘ordem pública’ deixava de ser enfrentada.

2.2.1 Critérios negativos da ‘ordem pública’

Elencam-se aqui, inicialmente, decisões nas quais não se entendeu como devidamente fundamentado o requisito da ‘ordem pública’, ensejando assim no reconhecimento da insuficiência/ilegitimidade da fundamentação com base nesse requisito. Daí se falar em critérios negativos da ‘ordem pública’, ou seja, o que ela não é para o STF. Por critério de amostragem, buscou-se apontar para dois julgados de cada ano do período pesquisado, de modo que seguem, nessa primeira parte, o resumo da decisão de vinte e dois casos.

Destacam-se, portanto, alguns julgados em que se entendeu que o requisito da ‘garantia da ordem pública’ não se encontrava presente ou devidamente fundamentado, o que levou ao afastamento da medida cautelar imposta sob tal argumento. É o caso do HC 93.134/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 2007. A ordem de habeas corpus foi concedida por se entender que “*a custódia cautelar baseada apenas na necessidade da manutenção da ordem pública*

*não pode fundar-se em elementos genéricos, devendo apresentar contorno concretos e individualizados*¹³². Pelo que consta, a decisão original de uma vara criminal federal especializada em crimes contra o sistema financeiro e em lavagem de dinheiro (subseção pertencente à seção judiciária do Tribunal Regional Federal da 3ª região) do estado de se deu pelo receio de que o imputado se tratava de um estrangeiro não residente no país. De igual modo, em 2007, o então Ministro Eros Grau, ao julgar o HC 93.114-6/SP, decidiu pela concessão da ordem pleiteada em Habeas Corpus ao considerar como inidôneo a gravidade abstrata do crime figurando enquanto fundamento da ‘ordem pública’. Tratava-se de situação em que o crime que se imputava ao paciente era o de roubo qualificado, e a decisão original entendia que por ser grave o delito, justificada estaria a prisão preventiva. Esse argumento não prosperou, de modo que o Supremo Tribunal Federal acabou por afastar a medida¹³³.

Em 2008 o então Ministro Eros Grau, ao julgar o HC 93639/RJ, decidiu que “a gravidade do crime e a circunstância de tratar-se de policial civil servem ao cálculo da pena, não sendo aptas, contudo, para embasar prisão preventiva”¹³⁴ (que constituía a motivação embasada na ‘ordem pública’), concedendo então a ordem – também pelo fato de que o paciente já se encontrava preso cautelarmente há quase três anos e meio. Além disso, o fato de na sentença ter sido declarada a perda de cargo do paciente, entendeu-se, em razão disso, pela “*superveniente falta de justificativa no que tange à garantia da ordem pública*”. No mesmo ano, no HC 88877-

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691. SUPERAÇÃO DO VERBETE. PRISÃO PREVENTIVA DE ESTRANGEIRO. CUSTÓDIA DECRETADA PARA A GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS SUPERADOS. TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. LIBERTAÇÃO DE OUTRO PRESO EM SITUAÇÃO IDÊNTICA. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 93.134/SP**. Luc Marc Dépensaz, Eduardo Pizarro Carnelós e outro e Relator do Habeas Corpus n.º 95.558 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 29/02/2008 – Ata n.º 5/2008. DJE n.º 36, divulgado em 28/02/2008.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO CRIME. INIDONEIDA. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS AO DECRETO DE PRISÃO PELO ÓRGÃO AD QUEM. INADMISSIBILIDADE. **Habeas Corpus 93.114-6/SP**. Jeferson Luiz Virgílio, Miguel Viana Santos Neto e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. DJE 18/04/2008 – Ata n.º 11/2008. DJE n.º 70, divulgado em 17/04/2008.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SUPERAÇÃO DAS RAZÕES FÁTICAS. EXCESSO DE PRAZO NÃO ATRIBUÍVEL À DEFESA. GRAVIDADE DO CRIME E CONDIÇÃO DE POLICIAL DO PACIENTE. INIDONEIDADE PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, OCUPAÇÃO LÍCITA E RESIDÊNCIA FIXA. **Habeas Corpus 93.639/RJ**. Ovídio Lorenzo Quintas, Carlos Eduardo Machado e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. DJE 14/08/2009 – Ata n.º 23/2009. DJE n.º 152, divulgado em 13/08/2009.

1/PR, o Ministro Marco Aurélio, ao conceder a ordem pleiteada, aduziu que “a circunstância de ter-se como abalada, pelo cometimento do crime, a ordem pública não respalda a prisão preventiva, sob o risco de esta ganhar contornos de verdadeiro cumprimento de pena ainda não imposta”. O decreto cautelar foi afastado, portanto, “por absoluta falta [...] de fundamentação adequada”¹³⁵.

Em 2009, ao julgar o HC 100.012/PE, o Ministro Ricardo Lewandowski expressou que “o decreto de prisão cautelar há que se fundar em fatos concretos”, salientando assim que “a mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social, de per se, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o acusado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal”¹³⁶. Não tendo observado no decreto prisional a presença de elementos concretos que justificassem a medida, decidiu pela concessão da ordem, determinando a soltura do paciente. Nesse caso havia pedido também de reconhecimento de excesso de prazo ao considerar o tempo que o paciente já estava preso. Este, porém, foi afastado, entendendo como regular o tempo transcorrido até o término da instrução. Também no mesmo ano, o então Ministro Cezar Peluso, no julgado do HC 101.055/GO, concedeu a ordem de ofício por entender que o clamor público e o restabelecimento da ordem pública (que teria sido abalada pela conduta do paciente) não seriam razões idôneas para fundamentar a custódia, tendo ainda questionado o artigo 44 da Lei n.º 11.343/06 – cuja previsão legal impede a liberdade provisória nos crimes previsto na própria lei¹³⁷.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CONTINUIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA. CONHECIMENTO PARCIAL DA IMPETRAÇÃO. CONCESSÃO NA PARTE CONHECIDA. **Habeas Corpus 88.877/PR** José Carlos da Costa, Alessandro Silverio e outros e relator do HC n.º 58303 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 27/06/2008 – Ata n.º 21/2009. DJE n.º 117, divulgado em 26/06/2008.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E BASEADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. PRECEDENTES. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE DO CRIME E NO CLAMOR PÚBLICO. INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE A JUSTIFIQUEM. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESSA PARTE, CONCEDIDA. **Habeas Corpus 100.012/PE**. Francisco de Souza Cavalcanti, Jorge Wellington Lima de Matos e outro, José Júlio dos Reis e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 26/02/2010 – Ata n.º 4/2010. DJE n.º 35, divulgado em 25/02/2010.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante. Manutenção. Art. 44 da Lei nº 11.343/06. Insuficiência. Incidência do art. 310 do CPP. Superveniência de sentença condenatória. Negativa de apelação em liberdade fundada na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. Ordem concedida de

Em 2010, o Ministro Dias Toffoli, no HC 103.536/MG, concedeu ordem de ofício (pois entendeu que o Habeas Corpus havia perdido seu objeto ante ao fato de processo originário ter sido prolatada sentença num momento posterior à impetração do HC) ao entender que os fundamentos da prisão do paciente eram insuficientes, uma vez que *“as considerações acerca da gravidade do delito não dão azo à segregação nem lhe servem de justificativa”*¹³⁸. No mesmo ano, no HC 101.007/MG, o então Ministro Eros Grau pontuou que *“a prisão cautelar para a garantia da ordem pública não se sustenta quando fundada na simples afirmação da sua necessidade. Sem indicação de elementos fáticos que a ampare”*¹³⁹. No caso, o relator pontuou que a afirmação de que o paciente continuaria delinquindo, caso solto, não passava de mera conjectura, de modo que julgou pela concessão da ordem.

Em 2011, a Ministra Carmem Lúcia, ao julgar o HC 108.431/PE, entendeu que pelo fato de o paciente ser primário e possuir bons antecedentes, não incorreria em risco contra a ‘ordem pública’. Ademais, o processo a que respondia imputava-lhe a prática do crime de homicídio, sendo que, na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, os jurados desclassificaram o delito para o de lesão corporal, mas o magistrado manteve sua prisão preventiva em vigência. Nesse ponto a ministra relatora aduziu que por assim ocorrer teria sido esvaziada a *“alegação de que o modus operandi demonstrava periculosidade a comprometer a ordem pública: não atirou o paciente para matar”*¹⁴⁰. Deste modo, concedeu a ordem. Também no mesmo ano, no HC 108.508/SC, o então Ministro Ayres Britto apontou que *“o Supremo Tribunal Federal*

ofício. **Habeas Corpus 101.055/GO**. Sidiney Alves de Alencar, Elismárcio de Oliveira Machado e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Pelusoo. DJE 18/12/2009 – Ata n.º 41/2009. DJE n.º 237, divulgado em 17/12/2009.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Processual penal. Associação para o tráfico. Prisão preventiva. Superveniência de sentença penal condenatória. Segregação mantida por novo fundamento. Novo título prisional. *Habeas corpus* prejudicado. Manutenção da prisão fundado na gravidade abstrata do delito e na presunção de fuga do paciente. Inadmissibilidade. *Habeas* concedido de ofício. **Habeas Corpus 103.536/MG**. Maicon Rafael Vieira Ribeiro, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE 22/03/2011 – Ata n.º 34/2011. DJE n.º 53, divulgado em 21/03/2011.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE BASE FÁTICA. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691-STF. **Habeas Corpus 101.007/MG**. Agostinho Ângelo Buogo, Cláudio Júlio Fontoura e relator do HC n.º 148.181 e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. DJE 07/05/2010 – Ata n.º 13/2010. DJE n.º 81, divulgado em 06/05/2010.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO DE PRONÚNCIA E JULGAMENTO NO TRIBUNAL DO JÚRI SUPERVENIENTES À IMPETRAÇÃO. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA A PRISÃO CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 108.431/PE**. Roberto Fernandes da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Carmem Lúcia. DJE 20/10/2011 – Ata n.º 159/2011. DJE n.º 202, divulgado em 19/10/2011.

entende que a alusão à gravidade do delito ou o uso de expressões de mero apelo retórico não validam a ordem de prisão cautelar¹⁴¹. Isso porque seria somente pela tessitura dos fatos que eventual ameaça do agente contra a ‘ordem pública’ poderia ser constatada, ou seja, apenas pelo quadro fático da causa é que poderia ser estabelecido se o agente realmente represente um risco sério à coletividade. Não tendo sido observado esse vínculo operacional no caso, concedeu-se a ordem ao paciente. Em seu voto, destaca ainda o ministro que o conceito de ‘ordem pública’ *“está a exigir do Supremo Tribunal Federal uma interpretação que lhe dê claro teor semântico e franca operatividade”*.

Em 2012, a ministra Rosa Weber, ao julgar o HC 112.766/SP, pontuou que *“se a quantidade de droga apreendida é reduzida e estão ausentes outros elementos que autorizem conclusão acerca do envolvimento profundo ou relevante do agente com o tráfico de drogas”¹⁴²*, inexistiriam razões para se dizer em resguardo à ‘ordem pública’, concedendo assim a ordem. No mesmo ano, também sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, no HC 104.868/RS, entendeu-se não ter restado caracterizado o risco à ‘ordem pública’ também pelo fato de ter sido apreendida droga em pouca quantidade (em que pese não inexpressiva) com o paciente. O decreto prisional apontava para o possível envolvimento do paciente com a prática reiterada de traficância por existir outra investigação sobre o mesmo fato em andamento. Porém, ponderou a ministra relatora que por mais que eventualmente fossem levantados posteriormente elementos que indicassem maior envolvimento do paciente com o tráfico de drogas, esses seriam *“aspectos que não se encontram esclarecidos neste habeas corpus”¹⁴³*. Assim, a ordem foi concedida.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INVALIDADE DOS FUNDAMENTOS LANÇADOS PELO MAGISTRADO. ILEGALIDADE EVIDENTE. SÚMULA 691/STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. **Habeas Corpus 108.508/SC**. Jardel Pereira Della Giustina, Lauro Boeíng Junior e relator do HC n.º 205.755 no Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJE 01/02/2012 – Ata n.º 1/2012. DJE n.º 22, divulgado em 31/01/2012.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SÚMULA 691. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA. RISCO À ORDEM PÚBLICA NÃO DEMONSTRADO. MEDIDAS CAUTELARES. **Habeas Corpus 112.766/SP**. Leonardo Gomes Silva, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e relator do HC n.º 231.972 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Rosa Weber. DJE 07/12/2012 – Ata n.º 189/2012. DJE n.º 240, divulgado em 06/12/2012.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. RISCO À ORDEM PÚBLICA NÃO CARACTERIZADO. **Habeas Corpus 104.868/RS**. Diogo Debacco Perini, Werner Cantalício João Becker e outro e relatora do RESP n.º 1164202 do Superior Tribunal de Justiça.

No ano de 2013, o ministro Luís Roberto Barroso, ao julgar o HC 115.434/SP, concedeu ordem de habeas corpus por entender que a ordem prisional havia sido decretada com base na gravidade abstrata do delito, não podendo ser outra a decisão diante do entendimento consolidado do STF sobre o tema (a ilegitimidade da prisão preventiva quando baseada tão somente na gravidade *in abstracto* do crime)¹⁴⁴. No mesmo ano, no julgamento do HC 115.051/SP, o ministro Gilmar Mendes evidenciou que “a decisão que decreta a prisão do agente no intuito de resguardar a ordem pública deve demonstrar sólidas evidências do real perigo que causaria, à sociedade, a liberdade do indivíduo”¹⁴⁵. Não tendo encontrado esses argumentos concretos na decisão que ensejou na prisão do paciente, o ministro concedeu a ordem, restituindo a liberdade do paciente.

Já em 2014, o então ministro Teori Zavascki, ao julgar o HC 123.863/RN, concedeu ordem de habeas corpus por entender inidônea a fundamentação do decreto prisional. Em que pese não tenha se usado o termo ‘ordem pública’ na decisão que determinou a prisão do paciente (o magistrado apontou que o mandado de prisão se assemelharia, em realidade, a um mero mandado de procura), os argumentos são os mesmos que comumente são utilizados para designá-la (havia sido determinada a citação do acusado por edital com a consequente suspensão do feito diante da não localização desse – e isso poderia ensejar em impunidade)¹⁴⁶. Ainda no mesmo ano, o ministro Gilmar Mendes, ao julgar o HC 123.586/PA, entendeu estarem ausentes os

Relatora: Ministra Rosa Weber. DJE 08/11/2012 – Ata n.º 169/2012. DJE n.º 220, divulgado em 07/11/2012.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTE (“MACONHA”). INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. PRISÃO EMBASADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. **Habeas Corpus 115.434/SP**. Antonio Marcos Lopes Rodrigues, Antonio Donato e juíza de direito da 1ª vara criminal da comarca de Sertãozinho, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJE 14/02/2014 – Ata n.º 10/2014. DJE n.º 31, divulgado em 13/02/2014.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). Conversão da prisão em flagrante em preventiva. 3. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar. Constrangimento ilegal configurado. Superação da Súmula 691. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares (art. 319 do CPP). 5. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar. **Habeas Corpus 115.051/SP**. Eliel Marchesin da Silva, Rafael da Silva Stogar e relator do HC n.º 252.305 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 13/02/2014 – Ata n.º 9/2014. DJE n.º 30, divulgado em 12/02/2014.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE FURTO SIMPLES (ART. 155 DO CP). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MEDIDA CAUTELAR DESPROPORCIONAL. ÓBICE DO ART. 313, I, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 123.863/RN**. Paulo Barbosa da Silva, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJE 22/10/2014 – Ata n.º 155/2014. DJE n.º 208, divulgado em 21/10/2014.

requisitos que autorizam a prisão cautelar, uma vez que a ‘ordem pública’ na qual se amparou a decisão que ensejou na medida prisional não possuía amparo concreto e firme, de modo que, considerando a linha jurisprudencial do STF que diz que “*não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos*”¹⁴⁷ na lei, acabou por conceder a ordem.

Em 2015, a ministra Rosa Weber, no HC 130.723, estabeleceu que “*a motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade*”¹⁴⁸, ou seja, o risco à ‘ordem pública’ somente assim poderia ser reconhecido na hipótese de ancoragem em circunstâncias fáticas do caso concreto – o que não havia no caso, tendo sido, portanto, concedida a ordem. A mesma ministra, no mesmo ano, ao julgar o HC 129.554/SP, adotou idêntico entendimento, tendo concedido a ordem aos pacientes. Fez também um interessante apontamento para contrariar o decreto prisional ali em discussão: aduziu que todo delito é grave em sua essência, mas que tentar se dizer que o crime de tráfico de drogas representaria, por si só (pela sua natureza hedionda), uma ameaça à ‘ordem pública’, constituiria “*juízo genérico acerca das circunstâncias que o envolvem na espécie*”¹⁴⁹, afastando assim qualquer possibilidade de a gravidade abstrata do delito justificar a prisão preventiva.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. **Habeas Corpus 130.723/SP**. Josiane da Paz Mariano, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e relator do HC n.º 335.257 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJE 14/12/2015 – Ata n.º 190/2015. DJE n.º 250, divulgado em 11/12/2015.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Homicídio simples tentado (art. 121, caput, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal). 3. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar. Constrangimento ilegal configurado. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 5. Paciente preso há mais de 3 anos e 4 meses. Não encerramento da fase inaugural do rito bifásico do Júri. Excesso de prazo configurado. 6. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, se por algum outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP. **Habeas Corpus 123.586/PA**. Ednelson Pantoja da Costa, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 16/12/2014 – Ata n.º 192/2014. DJE n.º 246, divulgado em 15/12/2014.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM. **Habeas Corpus 129.554/SP**. Cleyton Araújo Faria e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJE 15/10/2015 – Ata n.º 151/2015. DJE n.º 206, divulgado em 14/10/2015.

Em 2016, o ministro Ricardo Lewandowski, julgando o HC 136.784/SP, entendeu como ilegítimos os fundamentos da prisão preventiva, a saber, não bastariam as alegações de que o crime é grave e de que o réu oferece perigo à sociedade para justificar uma ordem prisional cautelar, concedendo então a ordem¹⁵⁰. No mesmo ano, o ministro Teori Zavascki concedeu a ordem pleiteada no HC 135.250/SP após pontuar que para qualquer das hipóteses legais ensejadoras da prisão preventiva (aí incluída, portanto, a ‘ordem pública’) “*é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares*”¹⁵¹, ou seja, por ter sido a decisão em questão baseada tão somente na gravidade em abstrato do crime.

Finalmente, em 2017, o ministro Marco Aurélio, no HC 128.566/MG, evidenciou que “*descabe, a partir da capacidade intuitiva, imaginando que, solto, o acusado praticará outros crimes, implementar a prisão preventiva*”¹⁵², tendo então concedido a ordem. No mesmo ano, na ocasião do julgamento do HC 143.034/MG, o ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem de habeas corpus ao entender que os motivos que ensejaram a prisão preventiva teriam deixado de existir. Isso diante do fato de que o anteriormente apontado risco concreto para a ‘ordem pública’ teria cessado diante dos parâmetros utilizados na prisão domiciliar que fora adotada quando do Habeas Corpus julgado pelo Tribunal de Justiça – tratava-se de crime societário no qual a paciente fora afastada de sua atividade diretiva, sendo impossibilitada de manter contato com os demais acusados e sendo monitorada

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ILEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. TERATOLOGIA DA DECISÃO FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 136.784/SP**. Jonatas Rodrigues Martins, Cícero Salum do Amaral Lincoln e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 06/12/2016 – Ata n.º 188/2016. DJE n.º 259, divulgado em 05/12/2016.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 135.250/SP**. Denis Gabriel da Silva, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJE 29/09/2016 – Ata n.º 145/2016. DJE n.º 208, divulgado em 28/09/2016.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus originário. Tráfico e Associação para o tráfico. Prisão em flagrante. Quantidade inexpressiva de droga. Ordem concedida. **Habeas Corpus 128.566/MG**. Mauro José Marciano, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 05/05/2017 – Ata n.º 61/2017. DJE n.º 93, divulgado em 04/05/2017.

eletronicamente. Com isso, o ‘risco concreto’ teria deixado de existir, razão pela qual a prisão foi revogada¹⁵³.

2.2.2 Critérios positivos da ‘ordem pública’

Elencam-se agora decisões nas quais se entendeu como devidamente fundamentado o requisito da ‘ordem pública’, de modo que a fundamentação com base nesse requisito foi considerada como suficiente, mantendo-se, conseqüentemente, a prisão preventiva em discussão. Daí se falar em critérios positivos da ‘ordem pública’, ou seja, o que ela é para o STF. Pelo mesmo critério acima estabelecido (amostragem), buscou-se apontar para dois julgados de cada ano do período pesquisado, de modo que seguem, nessa segunda parte, o resumo da decisão de vinte e dois casos.

No HC 91.285-1/SP, de relatoria do então Ministro Carlos Britto, julgado em 2007, decidiu-se que “a prisão preventiva pode ser decretada para evitar que o acusado pratique novos delitos”¹⁵⁴. Em tendo sido apontado que haveria dados concretos acerca da periculosidade do imputado, pois seria integrante de uma quadrilha especializada na prática do crime de descaminho e uso de documento falso, denegou-se a ordem pretendida e se manteve preso o paciente. Ao enfrentar a problemática da ‘ordem pública’, o Ministro destacou que se trataria de um tema fascinante a ser aprofundado, mas que para aquele momento se basearia na

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: QUANDO HOVER PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIO SUFICIENTE DE AUTORIA, 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. CESSAÇÃO DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 143.034/MG**. Juliana Campos Carvalho Schettino, Eugênio Pacelli de Oliveira e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 27/06/2017 – Ata n.º 971/2017. DJE n.º 140, divulgado em 26/06/2017.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO MULTIPLAMENTE FUNDAMENTADO: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA; CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL; NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL; GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. IDONEIDADE DOS FUNDAMENTOS. LASTRO FACTUAL IDÔNEO A JUSTIFICAR A CONSTRIÇÃO CAUTELAR DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 91.285/SP**. Clévio Fernando Degaspari, Cezar Roberto Bittencourt e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJE 25/04/2008– Ata n.º 12/2008. DJE n.º 74, divulgado em 24/04/2008.

jurisprudência da Corte, a qual estabelecia como possível a sua utilização visando evitar a prática de novos delitos quando o risco nesse sentido for concreto. Já no HC 90.726-1/MG, também julgado em 2007 e de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, denegou-se a ordem pleiteada ao se estabelecer que *“há lesão à ordem pública quando os fatos noticiados nos autos são de extrema gravidade e causam insegurança jurídica a manutenção da liberdade”*¹⁵⁵. A imputação se dava com relação aos crimes de corrupção ativa, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Na decisão, destacou-se ainda também a respeito da fundamentação que *“ela não precisa ser exaustiva, bastando que a decisão analise, ainda que de forma sucinta, os requisitos ensejadores da custódia preventiva”*.

Em 2008, ao julgar o HC 92.344-5/DF, o então ministro Menezes Direito aduziu que seriam legítimos os fundamentos apresentados na determinação da prisão preventiva, denegando a ordem pleiteada. O reclamo do paciente se dava por não ter sido a decisão que decretou a prisão devidamente fundamentada, a qual teria se utilizado de chavões. Na decisão do juiz que a decretou, mencionava-se que *“a potencial periculosidade revelada pelo comportamento impiedoso e brutal”*¹⁵⁶ na prática delituosa atribuída fazia com que o risco ao corpo social fosse presumido na hipótese de o acusado estar solto. Daí a necessidade da prisão – que foi mantida. O mesmo ministro, em 2008, também denegou a ordem no HC 95.000-1/SP, ao entender como idônea a fundamentação da prisão preventiva. A entendida legitimidade se deu *“não em razão da hediondez do crime praticado”*, mas em decorrência da gravidade dos fatos (sequestro de uma criança) que acabariam por demonstrar *“a personalidade dos pacientes [...], sendo evidente a necessidade de*

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA: DECISÃO FUNDAMENTADA NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA: ELEMENTOS CONCRETOS E COMPROVADOS NOS AUTOS. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 90.726/MG**. Dorvalino Antônio de Oliveira, Ricardo Silveira Ferreira de Mello e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DJE 17/08/2007– Ata n.º 37/2007, divulgado em 24/08/2007.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Processual Penal. Impetração contra decisão que decretou prisão preventiva. Superveniência de sentença de pronúncia. Fundamentos desta somados aos do decreto originário. Precedentes da Corte. Habeas corpus denegado. **Habeas Corpus 92.344/DF**. Fernando Marques Róbias e outro, José Pedro e Castro Barreto e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Menezes Direito. DJE 01/02/2008– Ata n.º 1/2008. DJE n.º 18, divulgado em 31/01/2008.

*mantê-los segregados, especialmente pela organização e pelo modo de agir da quadrilha*¹⁵⁷.

Em 2009, o ministro Ricardo Lewandowski, ao julgar o HC 98.084/MG, entendeu que “*existindo sólidas evidências da periculosidade do paciente, [...] ao qual se irroga, ainda, a reiteração das condutas criminosas*”, estaria presente o requisito autorizador da prisão preventiva – “*em especial o da garantia da ordem pública*”¹⁵⁸. O Habeas Corpus foi prejudicado por fato superveniente à sua interposição, não tendo sido então julgado em seu mérito. No mesmo ano, sob relatoria do mesmo ministro, o HC 95.119-8 não foi conhecido diante da reconhecida supressão de instância – o que não impediu de que se manifestasse acerca da ‘ordem pública’. No caso, entendeu-se que a necessidade da constrição cautelar pela ‘garantia da ordem pública’ estaria plenamente demonstrada pelo fato de que, diante da extensa folha de antecedentes, caso fosse o paciente solto, este retomaria suas atividades ilícitas – estando comprovada, portanto, a habitualidade criminosa¹⁵⁹.

No ano de 2010, o ministro Gilmar Mendes, no HC 104.512/RN, denegou a ordem pleiteada por entender não restar caracterizado constrangimento ilegal, uma vez que a decisão prisional lastreada na ‘garantia da ordem pública’ estaria devidamente fundamentada. Ao pontuar que “*a decisão que decreta a prisão do*

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Penal e processual penal. Crime de extorsão mediante seqüestro. Prisão temporária convertida em preventiva. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal (art. 312 do CPP). Acórdão da Corte Superior que não conheceu da impetração no tocante a um dos pacientes. Supressão de instância inadmitida. Excesso de prazo não configurado. Complexidade da causa. Quatorze acusados. Encerramento da instrução criminal. Precedentes. Ordem parcialmente conhecida e denegada. Precedentes. **Habeas Corpus 95.000/SP**. Juciara Ferreira Pires Ramose outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Menezes Direito. DJE 13/02/2009– Ata n.º 2/2009. DJE n.º 30, divulgado em 12/02/2009.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR QUE, NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO. PREJUÍZO DO PRESENTE HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. DECISÃO LASTREADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. HABEAS CORPUS PREJUDICADO. **Habeas Corpus 98.084/MG**. Ana Carolina Domingues Martin ou Ana Carolina Dominguez Martin, Paulo César Oliveira do Carmo e outro e relatora do habeas corpus n.º 93.506 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 27/11/2009– Ata n.º 38/2009. DJE n.º 223, divulgado em 26/11/2009.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS AUTORIZADORES. DEMONSTRAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO DA CUSTÓDIA. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. **Habeas Corpus 95.119/SP**. Everton Dassiê, Paulo Marzola Neto e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 29/10/2009– Ata n.º 34/2009. DJE n.º 204, divulgado em 28/10/2009.

agente no intuito de resguardar a ordem pública deve demonstrar sólidas evidências do real perigo que é liberdade do indivíduo causaria à sociedade”, o ministro mencionou que havia “*questões instrumentais devidamente fundamentadas*”¹⁶⁰ na decisão que decretou a prisão dos pacientes, uma vez que fora demonstrada a participação desses em quadrilha destinada ao tráfico internacional e outros crimes com alto grau de organização. Também em 2010, o então ministro Ayres Britto, no HC 99.801/RJ, entendeu como suficiente a fundamentação da decisão pela prisão preventiva, denegando assim a ordem. A ordem prisional fora dada para ‘garantir a ordem pública’ no sentido de acautelamento do meio social, tomando por conta a maneira de execução do delito e a extrema periculosidade na conduta do agente (policia militar que mantinha contato com líder de facção criminosa)¹⁶¹.

Já em 2011, o ministro Dias Toffoli, quando do julgamento do HC 109.879/PE, denegou a ordem pleiteada por entender preenchido o fundamento da ‘garantia da ordem pública’ para a prisão preventiva – vista aqui enquanto a gravidade concreta do crime (“*demonstrada pelo modus operandi da conduta delituosa*”¹⁶²) e a periculosidade do agente. Tratava-se de crime de homicídio. Já no HC 108.091/MS, julgado no mesmo ano – pelo ministro Ricardo Lewandowski, a ordem foi denegada por se entender como presente a real periculosidade do paciente, periculosidade essa que estaria constata diante da “*pouca tolerância a desentendimentos e capacidade de resposta letal a situações de conflito cotidiano*”¹⁶³ (tratava-se de um crime de

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 2. Acórdão formalizado em sede de apelação. Omissão quanto à manutenção das prisões cautelares. Irrelevância. Segregações cautelares devidamente fundamentadas na garantia da ordem pública. 3. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada. **Habeas Corpus 104.512/RN**. Giuseppe Ammirabile ou Giuseppe Ammirabile e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 01/02/2011– Ata n.º 1/2011. DJE n.º 20, divulgado em 01/01/2011.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DENÚNCIA. REQUISITOS. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. POTENCIALIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECRETO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 99.801/RJ**. Guilherme da Silva Leite Junior, Paulo Roberto de Avelar Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJE 25/10/2010– Ata n.º 34/2010. DJE n.º 204, divulgado em 22/10/2010.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Processual penal. Homicídio. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva. Não ocorrência. Fundamentação idônea. Gravidade concreta demonstrada pelo modus operandi da conduta delituosa. Periculosidade do paciente. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Precedentes. **Habeas Corpus 109.879/PE**. Luan Filipi Silva de Moura, Rodrigo de As Queiroga e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffolo. DJE 28/02/2012– Ata n.º 18/2012. DJE n.º 41, divulgado em 27/02/2012.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. LEGITIMIDADE. PRISÃO POR GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, PARA ASSEGURAR A

homicídio). A necessidade de resguardar a ‘ordem pública’ residiria em tal argumento concreto, pelo que o paciente foi mantido preso.

No ano de 2012, ao julgar o HC 112.209/SP, o ministro Gilmar Mendes manteve a custódia cautelar por entender necessária para se garantir a ‘ordem pública’, a qual estaria devidamente caracterizada considerando o “*modus operandi nos crimes perpetrados pelo paciente, demonstrando sua periculosidade para a tranquilidade do meio social*”¹⁶⁴. Os crimes imputados eram o de homicídio e estupro. Ainda em 2012, na ocasião do julgamento do HC 108.145/SP, o ministro Luiz Fux manteve a prisão preventiva, denegando a ordem pleiteada, em caso no qual o paciente teria agido com extrema violência ao participar de motim com outros presos, utilizando-se de armas artesanais, ocasião em que teriam sequestrado e mantido em cárcere privado alguns servidores públicos. Assim, a ‘ordem pública’ estaria justificada idoneamente “*na periculosidade in concreto do paciente, revelada pelo modus operandi na prática delituosa*”¹⁶⁵.

Já no ano de 2013, no RHC 116.700/DF, o ministro Gilmar Mendes entendeu restar caracterizada a necessidade de se assegurar a ‘ordem pública’, em caso de homicídio, diante da “*gravidade demonstrada pelo modus operandi*”, “*periculosidade*” e “*concreta probabilidade de reiteração delitiva*”¹⁶⁶, tendo assim mantido a prisão

APLICAÇÃO DA LEI PENAL E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS DO PACIENTE NÃO OBSTAM A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. WRIT DENEGADO. **Habeas Corpus 108.091/MS**. José Vanildo da Silva, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 19/12/2011– Ata n.º 196/2011. DJE n.º 239, divulgado em 16/12/2011.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Habeas corpus. 2. Homicídio duplamente qualificado e estupro. 3. Prisão preventiva. Manutenção da custódia na sentença penal condenatória. 4. Necessidade da segregação para garantir a ordem pública. 5. Constrangimento ilegal não caracterizado. 6. Ordem denegada. **Habeas Corpus 112.209/SP**. Silvio da Silva Maciel, Ana Lúcia Carlos Pereira e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 14/09/2012– Ata n.º 133/2012. DJE n.º 181, divulgado em 13/09/2012.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas corpus. Motim de presos, sequestro e cárcere privado, em concurso material (Arts. 148 e 354, c/c art. 69, todos do Código Penal). Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Necessidade evidenciada pela periculosidade in concreto do paciente, revelada pelo modus operandi. **Habeas Corpus 108.145/SP**. Jorge Benedito dos Santos, Egmar Guedes da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE 19/06/2012– Ata n.º 93/2012. DJE n.º 119, divulgado em 18/06/2012.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Duplo homicídio qualificado pelo emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima e lesão corporal - art. 121, § 2º, IV (duas vezes) e art. 129 (duas vezes) c/c art. 70, todos do CP. 3. Prisão preventiva. Necessidade de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal. 4. Gravidade demonstrada pelo modus operandi. Periculosidade do acusado. Concreta probabilidade de reiteração delitiva. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 5. Recurso ao qual se nega provimento. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 116.700/DF**. Rodrigo Artur da Fonseca Dourado de Azevedo ou Rodrigo Artur da Fonseca Dourado Azevedo, Genival Veloso de França Filho e outro e

vigente e denegando a ordem pleiteada. Ainda em 2013, o ministro Ricardo Lewandowski, ao julgar o HC 115.930/MG, denegou a ordem por entender que a custódia estava “*devidamente fundamentada em elementos concretos*”, os quais demonstrariam a “*necessidade da medida para a garantia da ordem pública*”, além de também restarem presentes outros requisitos legais. No caso, a ‘ordem pública’ foi tida no fator “*periculosidade da paciente*” por restar “*verificada [...] seu envolvimento com o tráfico de drogas*”¹⁶⁷.

Em 2014, a ministra Carmem Lúcia, ao julgar o HC 123.304/MS, manteve a prisão preventiva pelos mesmos fundamentos que a determinou, uma vez que a ‘ordem pública’ e a necessidade de se garanti-la estariam evidenciados pela periculosidade percebida pelo *modus operandi* do agente, além do risco de reiteração delitiva, denegando assim a ordem¹⁶⁸. Já no RHC 122.617/AL, julgado no mesmo ano, o ministro Ricardo Lewandowski denegou a ordem por entender a prisão ser necessária para se garantir a ‘ordem pública’ – consubstanciada aqui na periculosidade dos pacientes (supostamente haviam tentado matar policiais rodoviários) e para se evitar a reiteração criminosa (supostamente eram membros de uma quadrilha especializada em roubo de cargas e de veículos)¹⁶⁹.

Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 03/02/2014– Ata n.º 1/2014. DJE n.º 22, divulgado em 31/01/2014.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. PACIENTE ACUSADA DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA O TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 115.930/MG**. Sueli Rodrigues de Lima Guimarães, Antônio Marcos do Amaral e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 10/06/2013– Ata n.º 85/2013. DJE n.º 108, divulgado em 07/06/2013.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO MANTIDA PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A CONSTRUÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 123.304/MS**. Josué Silva de Arruda, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 19/12/2014– Ata n.º 195/2014. DJE n.º 250, divulgado em 18/12/2014.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS RECEBIDO COMO IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. PENAL. SUPOSTA QUADRILHA ARMADA ESPECIALIZADA EM ROUBO DE CARGAS E DE VEÍCULOS. DELITOS DE HOMICÍDIO TENTADO CONTRA POLICIAIS RODOVIÁRIOS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.617/AL**. José Cícero da Silva e outro, Defensor Público-Geral Federal e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 13/08/2014– Ata n.º 105/2014. DJE n.º 155, divulgado em 12/08/2014.

Em 2015, o ministro Gilmar Mendes, no HC 130.458/RS, aduziu que a jurisprudência da corte “*considera idônea a segregação decretada para resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do crime*”. Nesse sentido, tratando-se de um caso de latrocínio tentado, entendeu-se pela evidência da periculosidade do agente – “*aferível pela gravidade e modus operandi do crime praticado*”¹⁷⁰, ou seja, presente a ‘ordem pública’ que resultou na denegação da ordem. Já no HC 129.597/MG, de relatoria do mesmo ministro, decidiu-se pela “*necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública*”, pelo que a ordem foi denegada. No caso, a manutenção da prisão se deu “*considerando os fortíssimos indícios de que o paciente encontra[va]-se a serviço do tráfico de drogas*”, ou seja, pela “*concreta probabilidade de reiteração criminosa*”¹⁷¹.

No ano de 2016, o ministro Ricardo Lewandowski denegou a ordem pleiteada no HC 138.120/MG, mantendo assim os fundamentos da custódia cautelar. A preservação da ‘ordem pública’ estaria presente no fato da “*periculosidade do paciente, verificada pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito*”¹⁷² (crime de roubo). Também em 2016, o ministro Gilmar Mendes denegou a ordem no HC 133.056/CE por entender idônea a fundamentação da prisão cautelar. Tal fundamentação encontraria amparo em dados concretos retirados do processo, “*tendo*

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Latrocínio tentado. Condenação. 3. Alegação de ausência dos requisitos da prisão preventiva. 4. A jurisprudência desta Corte considera idônea a segregação decretada para resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do crime. 5. Ainda, permanecendo o paciente custodiado durante toda a instrução criminal, tendo o Juízo de primeiro grau entendido por sua manutenção no cárcere, em razão da presença dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, não deve ser revogada a prisão cautelar se, após a sentença condenatória, não houve alteração fática apta a autorizar-lhe a devolução do status libertatis. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. **Habeas Corpus 130.458/RS**. Edson Andrade dos Santos, Diogo Jardel Boff e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 07/12/2015– Ata n.º 186/2015. DJE n.º 246, divulgado em 04/12/2015.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Prisão preventiva. 4. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). 5. Demonstrada a necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. **Habeas Corpus 129.597/MG**. Diogo de Oliveira Pinto, Matheus Lopes Santos e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 11/09/2015– Ata n.º 128/2015. DJE n.º 180, divulgado em 10/09/2015.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE ROUBO MAJORADO. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 138.120/MG**. Luciano Pedro Gomes, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 16/12/2016– Ata n.º 195/2016. DJE n.º 267, divulgado em 15/12/2016.

em vista a quantidade de droga apreendida [...] e pelo fato de o paciente já responder a uma outra ação penal no mesmo Juízo processante, também pelo crime de tráfico – havendo aí a *“real possibilidade de reiteração delitiva”*¹⁷³.

Finalmente, em 2017, o ministro Edson Fachin denegou a ordem no HC 141.152/CE por entender como idônea a fundamentação que decretou a prisão preventiva do paciente. A justificativa para tanto se deu porque a partir do caso (homicídio tentado), constatou-se que *“o paciente conta[va] com extenso rol de anotações criminais”*, de modo que, a partir disso poderia se reconhecer *“nos estritos limites da tutela cautelar, [...] a plausibilidade do risco de reiteração delituosa”*¹⁷⁴ – daí a necessidade de se resguardar a ordem pública. Já no HC 139.691/MG, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu a idoneidade da fundamentação que decretou a prisão preventiva em discussão, uma vez que a ‘garantia da ordem pública’ estaria demonstrada a partir da periculosidade do agente, além da própria gravidade concreta do delito – *“evidenciadas pela utilização de arma de fogo com ameaça explícita à vida da vítima e concurso de agentes com menos de idade”*¹⁷⁵, tendo sido então denegada a ordem pretendida.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33, caput, e 35 da Lei n. 11.343/2006). 3. Prisão preventiva. Necessidade da custódia cautelar para garantir a ordem pública. 3.1. Gravidade concreta do delito: grande quantidade de droga apreendida (4,24 kg de cocaína). 3.2. Acusado que responde a outra ação penal no mesmo juízo processante, também por crime de tráfico (real possibilidade de reiteração delitiva). 3.3. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 4. Alegação de excesso de prazo na formação da culpa. 4.1. Pluralidade de réus e expedição de carta precatória para oitiva de testemunha. Demora justificada. 5. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada, com recomendação de celeridade no julgamento da ação penal. **Habeas Corpus 133.056/CE**. José Orlando Serafim da Silva, Washington Luis Terceiro Vieira Junior e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 24/06/2016– Ata n.º 98/2016. DJE n.º 132, divulgado em 23/06/2016.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. EXTENSO ROL DE REGISTROS CRIMINAIS NÃO TRANSITADOS EM JULGADO. PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 141.152/CE**. Claudio Orestes Pesqueira Monteiro, Dyego Lima Rios e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. DJE 02/06/2017– Ata n.º 81/2017. DJE n.º 116, divulgado em 01/06/2017.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO NÃO ABSOLUTO EM FACE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 139.691/MG**. Jonas Fernandes Pereira, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 13/03/2017– Ata n.º 27/2017. DJE n.º 47, divulgado em 010/03/2017.

Cumpra evidenciar que em muitos dos casos se discutia acerca da aplicação da Súmula 691 da STF¹⁷⁶. Porém, nas vezes em que se observou a necessidade de se conceder a ordem – diante de um evidente constrangimento ilegal, esta era concedida de ofício. Aponta-se também para o fato de que o número de concessões de ordens é nitidamente menor que o número de denegações¹⁷⁷.

Ainda, destaca-se que a maioria dos casos constantes no resultado da pesquisa se tratam de Habeas Corpus interpostos diretamente no Supremo Tribunal Federal. Os demais, em bem menor número, são constituídos por Recurso em Habeas Corpus e Agravos Regimentais interpostos em Habeas Corpus.

Feito este apanhado geral – com o fito de se ter uma base geral sobre as razões constantes nos votos do Supremo Tribunal Federal quando enfrentada a questão da ‘ordem pública’ -, passa-se a analisar se há alguma coisa por trás do discurso operante no Judiciário a lidar com a problemática da ‘ordem pública’, se perceptível e se possível apontar para algo a respeito de suas razões, fundamentos, justificativas e afins.

2.3 Algo sobre a forma com a qual o STF discursa sobre o conceito de ordem pública

Tendo sido demonstrados os resultados de análises de casos judiciais que enfrentam a ‘ordem pública’ objeto da pesquisa, busca-se neste ponto analisar a forma pela qual o discurso nesse sentido é construído pelo Judiciário – aqui representado pelo Supremo Tribunal Federal.

O discurso¹⁷⁸, portanto, é que será analisado neste subcapítulo: como ele é construído, que tipo de raciocínio é feito nas decisões sob análise, o que se leva em

¹⁷⁶ “*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.*”

¹⁷⁷ No ano de 2007, 15 HCs tiveram a ordem concedida; em 2008 foram 11; em 2009, 6; em 2010, 24; em 2011, 18; em 2012, 15; em 2013, 17; em 2014, 20; em 2015, 27; em 2016, 19; em 2017, 10. Nem todos diziam respeito, vale mencionar, à refutação da ‘ordem pública’ como fator motivador para a concessão da ordem. Há, por exemplo, decisões nesse sentido resultantes do reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva.

¹⁷⁸ “*O discurso é o desenvolvimento oral de uma proposição ou um raciocínio destinado a persuadir*” (COUTINHO, Afrânio. **Notas de Teoria Literária**. 2ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 108).

conta ao decidir sobre a questão. Com foco na argumentação, pretende-se expor as impressões obtidas nesse sentido resultantes da leitura dos votos estudados.

Deste modo, a discussão aqui estabelecida se dá na ordem do discurso – enquanto retórica. Necessário, portanto, um embasamento no qual se pauta com relação ao discurso jurídico, uma vez que “*quem discursa age*”, sendo o discurso “*um ato entre homens e [que] deve ser concebido como ação linguística, isto é, ação dirigida a outros homens, em oposição ao mero agir*”¹⁷⁹. O propósito, portanto, é o de se buscar a compreensão do fenômeno criticado na pesquisa através da pragmática do discurso – tanto enquanto discussão, quanto como em seu viés jurídico. Para tanto, a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr. estabelece o discurso judicial como uma

situação comunicativa específica, a que ocorre nos discursos realizados em tribunais, mas também no comércio, nas relações contratuais civis etc., atendo-nos aos seus traços comuns, os quais nos permitem vê-los como procedimentos discursivos, isto é, ações linguísticas controladas por regras jurídicas e, pois, formas de atuação social institucionalizadas e generalizadas.¹⁸⁰

Assim, é no campo da linguagem que se situa essa parte da pesquisa – justamente onde se analisa criticamente como se estabelece o discurso judicial acerca da ‘ordem pública’ no processo penal. Seguem então algumas conclusões prévias nesse sentido.

I - Do que pode se observar pela leitura das decisões judiciais objeto da presente pesquisa, elencam-se os principais pontos: o Supremo Tribunal Federal costuma amparar suas decisões a partir de suas próprias decisões – é dizer que são os anteriores julgados que constituem o embasamento decisório para justificar as novas decisões, ou seja, é a jurisprudência da própria Corte que lhe serve como fonte de consulta e base para as demais decisões; a presença de menção à doutrina é praticamente nula, pois são poucos os casos em que se observa os ministros recorrerem à trabalhos acadêmicos para fundamentar suas decisões; a Corte costuma afastar a possibilidade de se “ler” a ‘garantia da ordem pública’ enquanto gravidade abstrata do crime, clamor social e qualquer outro fundamento que não possua uma ligação concreta com algo que possa se extrair a partir dos elementos presentes no processo, afastando-se generalidades; costuma o Supremo afirmar que sua

¹⁷⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11

¹⁸⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99-100

jurisprudência é firme no sentido de estabelecer que a prisão preventiva pode ser sempre decretada desde que, além dos requisitos legais, estejam também presentes elementos fáticos concretos aptos a demonstrarem a necessidade da medida prisional, permitindo assim que a gravidade em concreto do crime e a periculosidade do agente (que daria ensejo a plausibilidade de que, solto, volte a praticar outros crimes), por exemplo, constituam fundamentações idôneas para que se possa prender antes do trânsito em julgado, de modo que, por assim ser, não haveria violação à presunção de inocência.

II - Numa visão crítica acerca de sua forma de decidir, tem-se que há, dentre possíveis problemas, o estabelecimento de uma jurisprudência uniforme, que por mais seja salutar do ponto de vista da coerência, acaba por “autorizar” aos magistrados das cortes inferiores a prender preventivamente em situações que fogem à finalidade a que se destina o instituto – como é o caso de se prender para evitar que novos crimes sejam praticados. Cria-se assim uma série de decisões-paradigmas, lidas pela ementa, que deixam os magistrados de todo o país mais à vontade para decidir em conformidade com aquilo que a mais alta corte do país estabeleceu¹⁸¹ - mesmo possuindo pontos problemáticos de base essas decisões num mesmo sentido.

Diante do que se tem visto, tem-se que é com acerto que Paulo Ferrareze Filho menciona que “*a jurisprudência só é plural com conjunto. Como multiplicidade de (juris)produção de um mesmo julgador, a complexidade é isolada, reduzida, vilipendiada pela constituição personalíssima do círculo de compreensões de cada um que julga*”¹⁸².

III - Nota-se também que, em muitas das situações analisadas, o Supremo Tribunal Federal se limitou a corroborar com aquilo que, equivocadamente, foi apontado como fundamento para a decretação da prisão preventiva com base na tal

¹⁸¹ Com razão, portanto, Alexandre Morais da Rosa, em sua categórica crítica: “*Pode-se dizer que nos encontramos na era do “Realismo Jurídico Tropical” em que a lógica que preside este modelo é a dos informativos etiquetados com as grifes com durabilidade efêmera, de uma semana, aliás, como as coleções da Grife “Gap”*” (ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101-102).

¹⁸² FERRAREZE FILHO, Paulo. **Manual Politicamente Incorreto do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 57

Prossegue ainda o autor: “*ao se pesquisar a jurisprudência na internet, pode-se facilmente concluir que é múltipla, pois oferece variáveis infinitas sobre assuntos iguais e diferentes. Mas, se se pesquisarem as decisões de um mesmo juiz, percebe-se, antes de uma série de diferenças, uma série de repetições*” (p. 57).

da garantia da ordem pública, ou seja, o próprio STF acaba por dar respaldo àquilo que não se coaduna com um processo penal que zele pelas garantias constitucionalmente previstas¹⁸³.

Difícil estabelecer também de que modo se é feita a distinção entre aquilo que o Supremo Tribunal Federal entende por crime de perigo abstrato e crime de perigo concreto. Nos casos de tráfico de drogas, por exemplo, observou-se que mesmo quando em situações de quantidade expressivas de entorpecentes ilícitos, nem sempre o delito é tratado como sendo de perigo concreto. A distinção não é clara, já que em algumas vezes a quantidade da droga apreendida era menor, mas se entendeu que pelo *modus operandi* (que se estabelece a partir do que? Pela narrativa prestada pelos policiais que diligenciam a prisão e a apreensão? Nada disso fica claro...) isso evidenciaria ou a periculosidade do agente, ou a chance de voltar a praticar crimes, ou ainda o próprio risco à sociedade diante da natureza concreta do crime de tráfico.

IV - Pelo que se observa, muitas das decisões estão na mesma direção da crítica formulada por Alexandre Morais da Rosa:

As decisões judiciais deixaram de dizer o caso. Elas são produzidas para serem vistas. O computador e a *internet* propiciaram uma vitrina para decisões judiciais. Reproduzem-se como metâmeros. De um lado orquestradas pelo órgãos de cúpula e na lógica da Orquestra Judicial, espraiam-se como uma sinfonia única para todo o sistema. Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. A decisão judicial, pois, está vestida com as roupas da última coleção e garantida pela grife: STJ e STF. E a moda jurídica atende a interesses não ditos e muitas vezes obscenos. A lógica desta produção sem limites não é a de um melhoramento ou mesmo de um ultrapassado progresso. A lógica que preside esta situação é interna e de autorreprodução.¹⁸⁴

É diante disso que se pode dizer que há presente o uso da retórica nas decisões judiciais “*no campo do Sistema de Justiça Criminal [...], o que mostra indeclinável a projeção de subjetividade contida a decisão, ainda que com todos os cuidados na*

¹⁸³ Nesse sentido, Julio Cesar Marcellino Jr. vai apontar que é a lógica eficientista, fruto da *Law and Economics*, a responsável por esse paradigma no qual impera uma finalidade desvirtuada dos princípios constitucionais que erigem a razão de ser do processo penal, de modo que “*a própria corte suprema tem respaldado em grande medida decisões de primeiro grau que desconsideram os limites e garantias que nos eram tão caras*”. (MARCELLINO JR., Julio Cesar. O processo penal na lógica da eficiência: as garantias constitucionais e a importância dos limites. In. GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (orgs.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 125)

¹⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 103-104

*estipulação dos métodos utilizados para a sua elaboração*¹⁸⁵. Assim se diz pelo fato de que alguns argumentos são fundamentos a partir de si mesmos – como é o caso de quando e como se diz o que é “perigo abstrato” e “perigo concreto”: depende de cada caso, mas a análise é feita a partir do próprio caso em que se situa? E sobre a periculosidade, como se auferi-la realmente? Em algumas decisões se observou que pela “ficha criminal” do agente, estabelece-se sua periculosidade – ou ainda a plausibilidade de se apostar que, estando livre, praticará novos crimes, sendo necessário manter a sua prisão preventiva vigente. Noutras, o *modus operandi* já basta para se apontar o agente como perigoso, resultando na imposição de sua prisão para que a ‘ordem pública’ esteja resguardada.

Por mais que se trate de um termo que se faz presente expressamente em texto legal, a ‘ordem pública’, considerando a forma com a qual é instrumentalizada no processo penal, enquadra-se naquilo que Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior chama de ‘conceito assertórico’, a saber, um jargão que se pretende metajurídico. Para o autor, “*da mesma forma com o que acontece com os princípios ad-hoc, [os conceitos assertóricos] são álibis retóricos que servem para o exercício da vontade poder de quem os utiliza*”¹⁸⁶. É o que se observa em algumas decisões: se o agente é entendido como perigoso, justifica-se a presença do risco à ‘ordem pública’ diante da sua periculosidade que é auferida a partir da forma com a qual praticou o crime – percebe-se que as decisões que se dão nesse sentido já acabam por atestar a autoria em definitivo, fomentando assim um direito penal do autor, uma vez que se elenca um perfil a partir do qual o uso da medida estaria autorizado. Há aí uma forma velada de direito penal do inimigo.

Ao que parece, o discurso do Poder Judiciário, em grande parte, se estabelece a partir de uma perspectiva repressiva acerca do processo penal. Nesse sentido, salienta Rubens Casara:

No discurso repressivo, identifica-se uma perspectiva utilitarista a reforçar o caráter instrumental/formal do processo penal, que passa a ser visto principalmente como meio de atingir indivíduos que violam a norma penal. O processo penal, portanto, estaria ligado ao ideal de eficiência de viés economicista (os fins justificam os meios a partir de uma relação de custos e

¹⁸⁵ CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. 1ª Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 124

¹⁸⁶ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 71

benefícios sociais) e as formas (meios) processuais só se justificariam e deveriam ser respeitadas se não constituíssem óbices à eficiência punitiva.¹⁸⁷

V - Pelo que se observa, há presente uma espécie de recurso de amparo em decisões anteriores dadas pelo próprio Tribunal, com o fito de justificar a presença da ‘ordem pública’, justificando também, conseqüentemente, a prisão preventiva que se discute junto ao STF. O Tribunal se socorre em suas próprias decisões anteriormente dadas, nas quais se enfrentou a definição e presença da ‘ordem pública’ em determinados casos. Vale frisar que houve decisão na qual o STF pontuou que a ‘ordem pública’ estava a exigir da Corte que lhe fosse dada uma interpretação semanticamente clara e que sua operatividade fosse franca. Aguarda-se por tal definição. Enquanto isso acontece, o Supremo segue socorrendo-se em si próprio – nas decisões anteriores em que o tema não é problematizado a fundo tal como deveria, afinal, está a se tratar da liberdade do indivíduo.

Deste modo, tem-se que não há, pelo menos na maioria dos casos, um enfrentamento concreto da questão da ‘ordem pública’. Daí que o socorro na própria jurisprudência acaba sendo um subterfúgio para o ato de decidir. É desse fenômeno primevo que surgem diversas ementas¹⁸⁸ que acabam servindo como base para se justificar decisões que confirmam o que não poderia ser confirmado.

A retórica presente nas decisões do Judiciário tem como escopo fundante o seu próprio discurso: dele se cria, nele se fundamenta, por ele se decide.

2.4 Afinal, para o STF, o que é ordem pública?

Conforme já mencionado, se por um lado pode se dizer que não há um consenso sobre o que vem a ser ‘ordem pública’ no processo penal, por outro, é fato

¹⁸⁷ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 138

¹⁸⁸ Salutar e devida a crítica feita por Rosivaldo Toscano dos Santos Junior nesse sentido: “*As súmulas (vinculantes ou não), as repercussões gerais e as ementas de julgados, inautenticamente aqui chamadas de “precedentes”, pois não guardam similitude com o precedente da tradição da common law, tornaram-se verdadeiros fetiches na práxis judiciária, sem os quais o senso comum teórico não consegue obter uma resposta para as questões que surgem, em razão da abordagem da questão de maneira dogmática, repetitiva, maquinal e acrítica*”. (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 134)

que ela existe – pelo menos enquanto mote para um fenômeno que acaba por prender pessoas.

Se a ‘ordem pública’ produz seus efeitos no processo penal (prendendo gente), é porque o Judiciário entende que ela significa algo, e a partir desse algo se aplica o instituto da prisão preventiva. Apresentar o que vem a ser esse algo, pelo menos na perspectiva do STF (e indiretamente na visão de vários Tribunais de todo o país, uma vez que a ‘ordem pública’ enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal é inicialmente estabelecida por um magistrado em algum momento processual) é o que se propõe nessa parte final do segundo capítulo.

Conforme se observou, algumas vezes um mesmo critério é utilizado de forma díspar em diferentes casos. É o já mencionado exemplo nos casos de tráfico de drogas – não se tem como certo, definido, um critério que estabeleça estritamente quando a quantidade de drogas (quanto seria?) tornaria o crime grave a ponto de ensejar na gravidade concreta desse. De igual modo se diz no sentido do argumento de quando a quantidade de drogas leva à conclusão de que o agente se dedicaria à traficância. De que modo isso é estabelecido? Esse mesmo argumento acaba valendo para transformar a ‘garantia da ordem pública’ no evitar da reiteração delituosa, pois parte-se da premissa de que o agente, solto, tornará a reiterar em condutas criminosas. Nesse sentido, há decisões que dizem que a capacidade intuitiva é insuficiente para se prender com base na ideia de que a pessoa, estando solta, cometeria outros crimes, ou seja, um mesmo argumento que eventualmente desautoriza o cárcere preventivo.

Também foram observados argumentos no sentido de que não bastariam meras alegações sobre a necessidade da prisão preventiva para se garantir a ‘ordem pública’, fazendo-se necessário um suporte fático concreto para lastrear decisões do tipo¹⁸⁹. Mas insiste-se no questionamento: de que modo se procede o levantamento desse suporte fático? Não há uma uniformidade de orientação nesse sentido, em que pese se tenha um entendimento jurisprudencial consolidado sobre certas circunstâncias. Mas este reside ainda no campo do argumento pelo próprio argumento, uma vez que, por mais que não se dê conta, a retórica basta para

¹⁸⁹ Como se observa nos seguintes julgados: HC 90862/SP, HC 93134/SP, HC 90936/RS, HC 95009/SP, HC 95118/SP, HC 102110/SP, HC 98662/RS, HC 101621/SP, HC 97369/RJ, HC 128792/SP, entre outros.

preencher a argumentação acerca dos elementos concretos, que seriam cotejados a partir do próprio processo em seu contexto fático-probatório, de modo que, no final, não há nada concreto e uniforme¹⁹⁰. É justamente diante disso que se pode dizer que “o Direito é intimamente ligado à retórica e [...] as decisões jurídicas contemporâneas, na verdade, são decisões fundamentadas em argumentações retóricas”¹⁹¹.

Conclusão semelhante chegou Marcos Alexandre Coelho Zilli ao dizer que “um exame histórico da jurisprudência do STF revela as contínuas dificuldades de se fixarem parâmetros exegéticos razoáveis e, ao mesmo tempo, consentâneos com a expectativa cautelar que deva recair sobre a prisão preventiva”¹⁹².

São os limites que devem figurar a posição central no ato de decidir, ou seja, “é preciso resistir à tentação de acompanhar o clamor momentâneo das ruas e da mídia pela sanha punitiva a qualquer preço”¹⁹³. Isso, porém, como se sabe, muitas vezes não é conseguido, uma vez que “são bastante comuns as violações legais por aqueles que são encarregados constitucionalmente de garantir as regras do jogo processual”¹⁹⁴. No caso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao menos aqui se observa que há a refutação da leitura da ordem pública’ como necessidade de se prender preventivamente diante do clamor social¹⁹⁵. O Supremo afasta a

¹⁹⁰ Salutar apontar aqui uma curiosa conclusão a que chegou determinada pesquisa mencionada por Fernanda Bestetti de Vasconcellos – que também realizou pesquisa sobre o uso da prisão preventiva, na qual analisou os *habeas corpus* julgados pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul nos anos de 2005 e 2006. Em um dos seus referenciais utilizados na pesquisa, a autora menciona um estudo sobre a prisão provisória decretada após a prisão em flagrante, onde naquele se constatou que “a formação do inquérito policial é um fator de suma importância para a decretação da prisão preventiva. Quando a investigação é iniciada por portaria [...], a medida simplesmente não acontece. Logo, é a existência do auto de prisão em flagrante que acaba por motivar a prisão e não a existência dos requisitos de garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e etc”. (VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 162)

¹⁹¹ RAMALHO, Leandro. **A Retórica nas Decisões do Judiciário Contemporâneo: uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 108

¹⁹² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 85/2010. jul-ago/2010. p. 447-494.

¹⁹³ MARCELLINO JR., Julio Cesar. O processo penal na lógica da eficiência: as garantias constitucionais e a importância dos limites. In. GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (orgs.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 126 – e diz ainda, o autor que “além de parecer muito estranha essa guinada interpretativa dos tribunais superiores em confirmar decisões de primeiro grau que flagrantemente desconsideram garantias constitucionais penais, socialmente isto tudo se torna muito perigoso”.

¹⁹⁴ CHAVES JUNIOR, Aírto. **Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. 1ª Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 124

¹⁹⁵ Como se observa nos seguintes julgados: HC 90146/GO, HC 92368/MG, HC 95358/SC, HC 97004/RJ, HC 95125/BA, entre outros.

possibilidade de prisão preventiva com base nesse argumento – em que pese seja observado em outros órgãos do Poder Judiciário.

Reitera-se que, em que pese exista uma orientação jurisprudencial consolidada que guia as decisões da Corte sobre o que não comporta a ‘ordem pública’ (a prisão preventiva é ilegítima quando baseada tão somente na gravidade em abstrato do crime, ou seja, quando a motivação é desamparada de elementos concretos aptos a amparar a decisão prisional), observa-se que falta algo de fundo, uma vez que se diz, concisamente, o que a ‘ordem pública’ não é, deixando de dizer sobre o que ela significaria a depender de cada caso – e aqui é onde a cautela emite o seu sinal sonoro, pois se possibilita ao magistrado preencher o significado do termo com base no que se entenda como grave a partir do contexto fático-probatório do caso, tendo-se assim uma ausência de integridade em suas formulações propostas de fundo¹⁹⁶.

Nessa mesma linha crítica, mas analisando uma série de julgados sob outra perspectiva, Rui Dissenha e Antoine Kamel apontam para diversas controvérsias presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao demonstrarem algumas contradições nas decisões do Supremo, os autores demonstram que pelo fato de serem um órgão de cunho político, as decisões acabam refletindo um viés também político, repercutindo negativamente os decisórios dessa base na pessoa do indivíduo que se vê em determinado processo acusado. É diante disso que vão apontar para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como algo conflitante, pois desprovida de coerência uniforme e alheia aos ditames constitucionais. Necessária a menção da crítica conclusão a que chegam os autores:

imprensado entre o jogo político dos interesses que permeiam o modelo decisório e os imperativos constitucionais, o STF se obriga a encontrar um delicado posicionamento político. Se o momento clama por mais punição, então as decisões tenderão nesse sentido; mas se há consenso sobre a grave situação carcerária, então também é necessário reconhecê-la. Todavia, o STF, por fazer parte de um sistema maior, não consegue esquecer a sua origem: é poder e é elite, sempre, e ao mesmo tempo. Portanto, é necessário decidir de forma a se preservarem as instituições – e especialmente, aqui, o Judiciário,

¹⁹⁶ Também nesse sentido, em que pese analisando decisões no âmbito da jurisdição constitucional, Estefânia Barboza vai dizer que “*não há qualquer preocupação quanto ao Supremo justificar perante a sociedade a integridade de suas decisões, no sentido de que não faz parte de suas decisões anteriores sobre determinado assunto quer para tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, quer para a partir da decisão anterior demonstrar que o Tribunal agora entende de modo diferente ou que o novo caso não se assemelha ao anterior de modo a justificar a aplicação do precedente*” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 266).

que é a seara onde atuam os ministros. Por isso a “praticabilidade das decisões” importa tanto, em certos casos até mais do que a dignidade do encarcerado, e provavelmente é por isso que o STF produz, por vezes, uma jurisprudência esquizofrênica que transita desavergonhadamente e com facilidade entre o humanitarismo de Beccaria e a inquisitorialidade de Torquemada.¹⁹⁷

Observa-se, assim, que tudo acaba dependendo do que o julgador entender sobre algo ser grave para atribuir essa gravidade a um contexto concreto e justificar a sua decisão com base em algo palpável – mas essa concretude acaba surgindo e se estabelecendo a partir, e muitas vezes apenas, do próprio discurso retórico, possibilitando diversas hipóteses de cabimento da prisão preventiva¹⁹⁸ – quando na realidade não caberiam.

Necessário mencionar que há uma tentativa de definição do termo encontrada nas decisões analisadas. Trata-se de uma explanação realizada pelo Ministro Ayres Britto que é repetida em vários julgados¹⁹⁹. Ao tratar da ‘ordem pública’ enquanto fundamento da prisão preventiva, o Ministro faz uma espécie de introdução conceitual ao termo antes de enfrentar o caso concreto:

Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio é a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso – e por isso juridicamente protegido –, não se confundindo mesmo com tal incolumidade. Cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em decorrência das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na mencionada gravidade incomum na execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele

¹⁹⁷ DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. In: **Estado, Poder e Jurisdição – Volume II**. QUADROS, Doacir Gonçalves de; BAGGIO, Anreza C.; SOUZA, André Peixoto de. (Editores). Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2017. p. 151

¹⁹⁸ “*se possuímos uma sociedade extremamente autoritária e punitivista, e um Código de Processo Penal inquisitório e repressivo, o trabalho de adequação axiológica do julgador no que tange à fundamentação das prisões é mínimo. Aí reside, em grande parte, a aceitação por parte da grande massa das numerosas prisões preventivas*”. (VOLPI, Stefano. A Cultura Inquisitória e a Motivação das Decisões de Decretação de Prisão Preventiva no Brasil: uma fácil adequação axiológica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil – volume 4**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 368)

¹⁹⁹ Como pode se observar nos seguintes julgados: HC 107818/SP, HC 109436/ES, HC 104492/SP, HC 105879/PE, HC 104877/RJ, HC 102065/PE, HC 101300/SP, HC 104737/MG, HC 96212/RJ e HC 108655/MG.

delito, entenda-se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito, ou, então, atuará de modo a facilitar o respectivo acobertamento. Donde o prefalado vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, mas que se enlaça umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social.²⁰⁰

Prossegue ainda o Ministro destacando que a prisão preventiva estaria alinhada com a ideia de periculosidade, pois o perigo representado por determinado indivíduo solto colocaria em risco o meio social na medida em que haveria ali o risco de reiteração delitiva – o que deveria ser demonstrado pelo julgador, quando da prisão sob tal fundamento, a partir da tessitura dos fatos. A prisão para a ‘garantia da ordem pública’, portanto, serviria para acautelar o meio social.

Um ponto bastante curioso que merece comentário são os crimes que geralmente aparecem nas decisões em que se discutem as prisões processuais para se garantir a ‘ordem pública’. Sendo quase sempre os mesmos (tráfico de drogas, crimes contra o patrimônio e homicídio), costuma-se narrar algo acerca destes (uma parte bastante resumida do *iter criminis*, por exemplo) a fim de dar o amparo concreto que a própria jurisprudência da Corte exige, refletindo na escolha geralmente dos crimes que mais causam alguma sensação incômoda²⁰¹. Cabe aqui, portanto, a crítica que fazem Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira a respeito desse traço de seletividade penal operante no Judiciário:

Decisões mal fundamentadas, prisões decretadas com repetições de jargões *prêt-à-porters*... Eis uma imagem comum do funcionamento do processo penal, em um país em que, em vigor a lei da Lavagem de Dinheiro desde 1998, somente houve condenação em 17 ações penais nestes mais de 14 anos, enquanto, nesse mesmo período, mais de 150.000 pessoas foram parar nas prisões por furtos, estelionatos e apropriações indébitas... Como é fácil condenar alguém

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL. PRISÃO CAUTELAR, NA MODALIDADE PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL INSUFICIENTE PARA PREENCHER O CONTEÚDO MÍNIMO DA GARANTIA QUE SE LÊ NO INCISO IX DO ART. 93 DA CF. FUNDAMENTOS VAGOS, RETÓRICOS E REFUGADOS PELA AMPLA JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 105.879/PE**. Luciano da Silva Arimatéa ou Luciano da Silva Arimatéia e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJE 24/08/2011 – Ata n.º 120/2011. DJE n.º 162, divulgado em 23/08/2011. p. 2-3

²⁰¹ Nesse sentido, Fernanda Bestetti de Vasconcellos pontua que “o aumento mássico da utilização do encarceramento enquanto mecanismo de controle social e separação é consequência direta do fato de haver novos e amplos setores sociais que são vistos como uma ameaça à ordem social”. (VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 64)

por delitos de furto. E como é difícil condenar alguém pelo crime de lavagem de dinheiro...!²⁰²

Com esse mesmo raciocínio crítico exposto, trazido para a problemática da ‘ordem pública’, tem-se que o termo também possui um direcionamento seletivo próprio, o que é refletido nas decisões analisadas do Supremo Tribunal Federal – isso que não se pode contar aquelas que sequer chegam à serem discutidas pela Corte diante do fato de não “subirem” via interposição de Habeas Corpus ou outros recursos cabíveis.

O discurso do Judiciário, nesse sentido, prende preventivamente pelos mais diversos motivos - sempre se calcando na ‘ordem pública’. Alguns desses passam por uma filtragem no Supremo Tribunal Federal e acabam perdendo sua força imperativa que decorre da própria interpretação subjetivista do magistrado, uma vez que a Corte não aceita determinadas fundamentações para se dizer da ‘ordem pública’. Porém, ainda que pelo menos o STF faça essa filtragem mínima, ainda passa muita coisa que deveria ser também barrada, além das inúmeras decisões pseudofundamentadas na ‘garantia da ordem pública’ que assolam todo Judiciário.

Quanto ao já mencionado entendimento consolidado do STF sobre as possibilidades de se (não) dizer ‘ordem pública’ (não pode ser entendida enquanto pela gravidade abstrata do crime, nem quando a motivação for genérica e abstrata), tem-se que por mais que assim entendam, é necessário dizer, com Lenio Streck, que *“o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, em seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é”*²⁰³. Isso se aplica ao buscar dizer o que é a ‘ordem pública’ – e ela não é, ou pelo menos não poderia ser, aquilo que é dito pelo Poder Judiciário (aqui personificado no Supremo Tribunal Federal).

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 107

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – decido conforme minha consciência?** 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 25

3. CRÍTICA À ORDEM PÚBLICA

Uma vez que foram demonstradas as ‘significações’ que a ‘ordem pública’ recebe, tanto a partir da doutrina como a partir da jurisprudência, tem-se como estabelecido o terreno no qual pode se firmar a parte crítica do trabalho.

Se nas duas primeiras partes da pesquisa pode se dizer que o que se tem é uma espécie de “levantamento de dados” (mas não apenas isso) sobre o tema, nessa terceira parte já é possível partir dessas anteriores para se fazer uma abordagem mais específica sobre o tema – num viés crítico. A partir dos marcos teóricos definidos, nesse capítulo algumas abordagens críticas e específicas serão realizadas. Nesse sentido, estabelecem-se alguns apontamentos sobre o perceptível descompasso entre a doutrina e a jurisdição ao tratar da ‘ordem pública’, além de se fazer um “teste” do elemento ‘ordem pública’ no processo penal a partir das propostas de Ronald Dworkin (romance em cadeira) e Luigi Ferrajoli (garantismo penal)²⁰⁴, quando finalmente os apontamentos críticos aparecerão de maneira mais conjunta. A razão da escolha desses autores se dá ao considerar que cada um trabalha num campo paradigmático próprio (um principialista e um positivista), tendo constituído notórios constructos teóricos a fim de se compreender o fenômeno do Direito. Assim, a proposta é a de observar se a ‘ordem pública’ se sustenta em alguma dessas teorias.

Conforme se observou, é possível destacar desde já que *“ainda há grande dificuldade na compreensão do exato sentido da cautelaridade no processo penal e de sua vinculação estreita com os requisitos da urgência, da necessidade e da indispensabilidade”*²⁰⁵. Disso resulta nas variadas leituras equivocadas que são feitas sobre o conceito de ‘ordem pública’ no processo penal.

A ‘ordem pública’, portanto, é um termo bastante criticável.

Importante mencionar aqui o teor sobre o tema presente no ‘Relatório sobre Segurança cidadã e direitos humanos’ elaborado em 2009 pela Comissão

²⁰⁴ Sabe-se que cada autor se situa num paradigma teórico próprio do Direito. Porém, além de os liames que se estabelecem em certos pontos, a ideia é a de justamente fazer a “prova da ordem pública” em duas propostas teóricas diferentes, a fim de analisar se o conceito resiste a qualquer uma dessas.

²⁰⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 85/2010. jul-ago/2010. p. 447-494.

Interamericana de Direitos Humanos²⁰⁶. Trata-se de um relatório temático formulado “*com o objetivo de analisar a problemática e formular recomendações aos Estados Membros, orientadas a fortalecer as instituições, as leis, as políticas, os programas e as práticas para a prevenção e o controle da criminalidade e da violência*”²⁰⁷, isso situado num âmbito do que é chamado de ‘segurança cidadã’²⁰⁸, buscando a efetivação dos direitos humanos. Assim, com base na análise em uma série de fatores oriundos dos Estados Membros da Comissão em suas obrigações e comprometimento para com relação, dentre várias outras questões, às garantias processuais e à proteção judicial, o Relatório promove a identificação de parâmetros internacionais do liame entre os direitos humanos e a segurança cidadã, com ênfase na instrumentalização que integre o Sistema Interamericano.

Enfim, o que o Relatório faz é apontar para as obrigações dos Estados Membros, as quais exigem uma postura de assumir a adoção de políticas públicas que deem efetividade à ideia de segurança cidadã, garantindo assim o pleno exercício à toda população dos direitos humanos, formulando-se ainda uma série de recomendações para que essas obrigações internacionais sejam, de fato, cumpridas.

A relevância da menção ao ‘Relatório sobre Segurança cidadã e direitos humanos’ se dá pelo fato de que o termo ‘ordem pública’ aparece em tal documento. Ao definir o marco conceitual da ‘segurança cidadã’, no ‘item 21’ do Relatório, estabelece-se que a opção por essa nomenclatura se dá em detrimento, dentre outros, do termo ‘ordem pública’, uma vez que o enfoque dessa dimensão de segurança humana se dá na construção de níveis mais elevados de cidadania democrática, tendo a pessoa, o indivíduo, como sendo o foco de toda e qualquer política estatal, e não aquela que aponta sua visão principal para a ideia de segurança do próprio Estado ou

²⁰⁶ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Doc. 57. 31 de dezembro de 2009.

²⁰⁷ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Doc. 57. 31 de dezembro de 2009. p. IX

²⁰⁸ Conforme consta no ‘resumo executivo’ do aludido ‘Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos’, “*a segurança cidadã é uma das dimensões da segurança humana e, portanto, do desenvolvimento humano e envolve a inter-relação de múltiplos atores, condições e fatores, entre eles, a história e estrutura do Estado e da sociedade [...]. A segurança cidadã de vê ameaçada quando o Estado não cumpre com a sua função de oferecer proteção contra o crime e contra a violência social, o que interrompe a relação básica entre governantes e governados. [...] A perspectiva dos direitos humanos permite abordar a problemática da criminalidade e da violência e seu impacto na segurança cidadã, mediante o fortalecimento da participação democrática e da implementação de políticas centradas na proteção da pessoa humana, ao invés daquelas que, primordialmente, buscam afiançar a segurança do Estado ou de determinada ordem política*”.

de qualquer espécie de ordem política. Ainda, quando tratada “*a profissionalização e modernização das forças policiais*”, é mencionado que o conceito de ‘ordem pública’ está ligado à doutrina policial, ou seja, que é utilizado como forma de se dar guarida à segurança do Estado primordialmente. Assim, o que se denota de tais apontamentos é que o conceito de ‘ordem pública’, analisando no âmbito internacional²⁰⁹, subverte a lógica de proteção dada como prioridade ao indivíduo, à pessoa humana, uma vez que opera dentro da ideia de que o Estado ou qualquer ordem política é que deve ser protegido enquanto ente – antes e em detrimento de qualquer interesse ou direito de cunho individual. Daí a crítica que já pode ser estabelecida ao conceito com base nesse panorama conceitual de fundo no qual se funda a ‘ordem pública’.

Justamente diante disso é que se aponta que “*a necessidade de preservação da ordem pública acaba por demonstrar que possui uma função de segregação social, de controle ao acusado, que é, assim, excluído da sociedade*”²¹⁰. Ao invés de se ter a anunciada preservação, o que ocorre na verdade é uma forma de exclusão. Neutraliza-se o indivíduo segregado com o decreto prisional, a fim de que, lá, preso, preserve uma dita ordem que existiria aqui, do lado de fora dos muros da prisão em que está encarcerado aquele que representa o dito risco.

De todo modo, diante dos resultados até aqui analisados, pode-se apontar, pelo menos indiretamente, para um aumento do *jus puniendi* estatal que não é observado tão somente no comumente apontado recrudescimento penal – que é estabelecido com a edição de leis penais mais duras com a roupagem de novas, como se o aumento das penas e a criação de novos tipos penais fosse a panaceia para todos os males que assolam a sociedade -, mas também nas práticas jurisdicionais que repercutem nos casos que são decididos pela jurisprudência. É dizer que além de “*o aumento descuidado do direito de punir do Estado coloca[r] em xeque a noção de Direito Penal de ultima ratio e relê[r] os efeitos de uma série de princípios clássicos de limitação do poder punitivo de forma a revisá-los*”²¹¹, constata-se ainda que esse mesmo fenômeno também se faz presente no campo processual penal, de modo que a problemática acaba assim sendo na jurisdição penal como um todo, uma vez que a

²⁰⁹ Dizendo-se aqui dentro daquilo que foi levantando no ‘Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos’.

²¹⁰ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159

²¹¹ DISSENHA, Rui Carlo. Bem Jurídico Penal Supraindividual e a Obrigatoriedade de Repressão? **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v.1, n. 30, 2013, ISSN: 2316-753X, p. 285-286

onda punitivista se faz presente tanto no campo da dogmática penal – mediante leituras e interpretações dos tipos penais existentes com uma ênfase em seu recrudescimento – quanto no campo processual penal – podendo ser visto na própria prática jurisdicional a partir dos decisionismos carregados de traços punitivistas. A amplitude das interpretações possíveis acerca da ideia da ‘ordem pública’ é um exemplo disso.

O fator medo pode ser apontado com um dos fatores que aparece como fonte propagadora do exacerbo na jurisdição penal. Com a mídia insuflando a sensação de insegurança – que é absorvida, conscientemente ou não, pelo Judiciário -, resultam-se em decisões mais duras e enérgicas, ensejando em práticas jurisdicionais autoritárias contra aqueles agentes que são considerados indignos, sendo possível sustentar que *“há uma tendência rumo ao Direito Penal do Inimigo, baseado no fomento de um perigosismo generalizado impregnado no imaginário coletivo que demanda, assim, por segurança”*²¹².

Deste modo, conforme já adiantado, uma apertada síntese acerca de algumas das vastas contribuições de Dworkin e de Ferrajoli para o mundo jurídico são expostas nos tópicos a seguir. Tratam-se dos referenciais teóricos que embasam essa parte da pesquisa, focando-se aqui na proposta de romance em cadeia de Dworkin e no garantismo de Ferrajoli. Sabe-se do “local de fala” de um desses autores²¹³, de modo que ciente se está (e assim se faz) da contextualização necessária para a conexão entre esses autores. A ligação proposta é perfeitamente possível. A um, por serem aplicadas em contextos específicos no presente trabalho algumas das propostas desses autores. A dois, pelo fato de que a leitura contextualizada realizada se dá num nível em que o diálogo não somente é possível²¹⁴, como também necessário.

²¹² ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 105

²¹³ Diz-se aqui do fato de que cada um desses autores escolhidos se situa numa espécie de paradigma próprio acerca da concepção de Direito. Conforme se explica mais detalhadamente nos subcapítulos destinados a cada um, enquanto Ferrajoli defende uma concepção positivista do Direito, apostando na precisão da própria norma (critério de legalidade) como fator de segurança jurídica (constitucionalismo garantista), Dworkin estabelece seu constructo teórico a partir da noção de Direito como conceito interpretativo, o que pode também ser chamado de constitucionalismo principialista, o que faz a partir da ideia de Direito como integridade. A opção da escolha se justifica pela notoriedade de cada autor, além de que cada qual fornece uma ampla e profunda abordagem teórica acerca do fenômeno Direito.

²¹⁴ Nesse sentido, apontando para o êxito na aproximação entre as leituras de Dworkin e de Ferrajoli, ao escrever o prólogo de uma obra de Ferrajoli, Perfecto Andrés Ibáñez aduz que *“no puede ser más pertinente la asociación por Ferrajoli de la fórmula de Dworkin, <<tomar los derechos in serio>>, a este planteamiento que supone reconocerles, por sí mismos, existencia y carácter normativo y vinculante,*

3.1 Descompassos da doutrina e da jurisdição

Estabelece-se aqui, inicialmente, um breve comparativo entre aquilo que a doutrina diz sobre a ‘ordem pública’ e como a jurisdição a constrói em suas decisões judiciais.

A pretensão é a de estabelecer convergências e divergências entre a academia e a jurisdição nesse sentido, apontando-se para as principais decisões e pontos em comum a partir desse exercício comparativo.

Um primeiro apontamento a se fazer é a reiteração de algo que já foi exposto: enquanto parcela da doutrina bebe na fonte da jurisprudência para construir uma definição de ‘ordem pública’, a jurisprudência a estabelece por si própria e a fundamenta nas decisões com base na sua própria construção. Como já dito, raríssimas foram as decisões analisadas em que o Supremo Tribunal Federal se valeu da doutrina para dirimir alguma controvérsia jurídica – ou afirmar o entendimento acerca de determinado assunto. Ainda assim, nessas poucas não foram trazidas controvérsias acerca da significação da ‘ordem pública’. Há falta de doutrina na jurisdição sob análise, portanto.

Parcela da doutrina busca ainda conceituar, definir ou inclusive criticar a ‘ordem pública’ amparando-se em argumentos que não necessariamente aqueles erigidos pelo Poder Judiciário. Já o Supremo Tribunal Federal se baseia em suas próprias decisões anteriores para dizer quando cabe ou não a ‘garantia da ordem pública’ como fundamento da prisão preventiva.

No caso da doutrina, há, assim, aquela que realiza uma crítica acadêmica, e aquela que acaba reproduzindo conteúdo jurisprudencial. Qualquer seja a melhor orientação nesse sentido, importante salientar que o Direito²¹⁵ é muito mais do que simplesmente aquilo que os juízes dizem que é.

com las consecuencias que de ello se derivam” (IBÁÑES, Perfecto Andrés. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. 4ª Ed. Madrid: Editorail Trotta, 2004. . 12).

²¹⁵ Para o autor, “o direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucionais, e não na vontade individual do aplicador (e tampouco na vontade coletiva de um tribunal).” (STRECK, Lenio Luiz. **Juiz Não é Deus: juge n’est pas Dieu**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 67)

Um dos problemas que se aponta é que a forma como consta expressamente prevista a possibilidade de se prender cautelarmente, a saber, como consta redigida no código, dá azo ao arbítrio. Isso porque o Código de Processo Penal permite que o julgador prenda de ofício, ou seja, sem que haja necessariamente um pedido pela parte que promove a acusação. Por mais que seja vedado ao juiz prender de ofício na fase da investigação preliminar, fato é que há autorização legal para que assim proceda em toda e qualquer fase do processo. Mácula gritante e evidente que fere o pretense sistema acusatório – que ao menos assim foi desenhado pela Constituição Federal, mas o legislador e o “aplicador” da lei se negam a realizar a filtragem constitucional necessária para afastar essa e outras incoerências existente no código. Com isso, resulta-se que

o modelo processual da Inquisição dispensa a cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo. Que os inquisidores busquem sempre condenar e que a máquina processual opere disposta para tal fim é demonstrativo de sua perversidade congênita.²¹⁶

O problema nesse sentido é de base. Há pouca preocupação com as bases epistemológicas do processo penal, cujos aspectos fundacionais acabam sendo solapados, dando-se, conseqüentemente, azo ao arbítrio. Diz-se qualquer coisa que melhor aprouver, uma vez que não há chão qualquer que defina as arestas. Parte dessa confusão se dá com a Teoria Geral do Processo que (inadvertidamente) é trazida, por muitos, ao processo penal. É dela que se extrai a ideia de “poder geral de cautela”, “antecipação dos efeitos da tutela” e outros institutos que possuem espaço no processo civil, mas não no processo penal. Os efeitos drásticos do uso dessa base (TGP) que não cabe no processo penal, podem ser visualizados na forma com a qual se decide a aplicação da prisão preventiva. Prender porque o crime é grave nada mais é do que adiantar a condenação que, nesse caso, acaba se tendo como certa desde logo – uma forma de antecipação dos resultados²¹⁷. Disso ainda se tem o problema

²¹⁶ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 10

²¹⁷ Nesse sentido, aduz Leonardo Costa de Paula que “*Sustentar, no âmbito criminal, a possibilidade de “antecipação de resultados” significaria, pela via da prisão cautelar, legitimar condenações prévias e imposições de penas sem uma decisão final de acerto do caso. A situação pode ficar ainda mais grave se, ao final do processo, o acerto for o tipo negativo, isto é, uma sentença absolutória. Nesta hipótese, a antecipação terá se revelado em tragédia de enormes proporções, uma vez que impossível reparar o dano injustamente causado ao imputado*”. (PAULA, Leonardo Costa de. Sobre a tutela cautelar no processo civil brasileiro e sua influência na justiça criminal: sintoma de uma mentalidade inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (org.) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**:

de que “se deferida a prisão, os argumentos se desfazem. Afinal, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão”²¹⁸. Assim, o que se pode afirmar é que “parte significativa do embate processual foi deslocado para o início do processo. Basta uma simples análise do contexto processual em vigor que observaremos o fenômeno da cautelarização do processo em todos os sentidos”²¹⁹.

Necessário também apontar que “o juiz não é necessariamente mais “eficiente” ou torna o processo mais rápido quando decreta prisões com base em mera suposição de fuga ou outros fundamentos em que subjazem fins utilitaristas”²²⁰. Diz-se assim pelo fato de que, como pode se observar, várias são as decisões que acabam tendo em pano de fundo utilitarista. A lógica operante beira o senso comum: se será condenado e preso ao final, qual a razão de manter-se solto o acusado? Ou ainda: o acusado praticou o crime e isso é certo, portanto, deve ser preso para que se evite que torne a praticar novos crimes enquanto solto. A partir de suposições como essas, prende-se gente. E muita. O discurso, claro, é disfarçado sob o floreio das significações construídas para a ‘ordem pública’. Resta claro, portanto, que

a prisão preventiva deixou de ser utilizada apenas para garantir o andamento do processo e a execução das penas, passando a funcionar de acordo com uma nova ideologia da punição em que o encarceramento massivo dos excluídos proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade²²¹

Ao apontar que o elemento retórico está presente na argumentação de uma decisão judicial, Leandro Ramalho, que também evidencia que o público para o qual se volta o discurso dos órgãos colegiados – incluindo aí o Supremo Tribunal Federal -, demonstra o que acontece nas decisões para que, com elas, adquiram-se adesões²²²:

Cabe ao ministro relator conseguir a adesão das demais dez mentes ou espíritos que foram o órgão constitucional máximo brasileiro. E, para isso, não basta uma decisão fundamentada em uma tese juridicamente bem

diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Volume 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 201)

²¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos.** 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 581

²¹⁹ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal.** 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 325

²²⁰ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 123

²²¹ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 153

²²² Em que pese a mencionada manifestação crítica do autor, trecho com o qual aqui se concorda, não se diz o mesmo com relação à conclusão de seu trabalho, uma vez que defende que o elemento retórico, entendido como sendo a aceitação social, deve fazer parte das decisões judiciais – sendo este ponto um dos fatores críticos que se aponta neste trabalho como problemático.

estruturada. Se o julgador não a trazer para os institutos sociais, para a atualidade, para a aceitação social, não conseguirá a adesão necessária.²²³

Não estaria por trás dessas constatações uma espécie de necessidade de alcance de uma posição de domínio a fim ali se estabelecer? Qual seria o fator determinante dessa vontade? Poderia se falar em desejo de poder²²⁴? Em assim sendo, explicada estaria esse afã de estabelecimento de verdades conceituais dissonantes da estrutura da coisa enquanto tal. Para Karl Jaspers, aí se constituiria uma forma de conflito entre a verdade e o poder, de modo que “*o desejo de poder, recorrendo a disfarces, apresenta-se sob as formas da verdade, e, fazendo-lhe essa medida, utiliza-a como instrumento para alcançar a posição de domínio*”²²⁵. De fato, talvez esteja no poder, o desejo por ele, a resposta sobre a problemática aqui apontada no âmbito jurisdicional²²⁶.

O discurso retórico surge como um disfarce para se colocar (e convencer) ali, na decisão judicial, aquilo que o magistrado quer, tendo-se assim o problema em que o sujeito busca estabelecer, em realidade, suas próprias convicções²²⁷, enquanto se esconde atrás de um discurso universalista – isso ou o agente jurídico acredita realmente que está julgando amparado em uma inalcançável neutralidade axiológica. Ora, conforme ensina Jacinto Coutinho, a época em que se aceitavam os discursos

²²³ RAMALHO, Leandro. **A Retórica nas Decisões do Judiciário Contemporâneo: uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 104

²²⁴ “Preocupante, o rumo autoritário da jurisprudência atual, que reflete uma cultura inquisitória, ainda, predominante no processo penal, como verdadeira forma autoafirmação de quem precisa se firmar como poder, carregando altíssimo grau de discricionariedade, necessitando, assim, obter maior controle e contenção, justamente por restringir direitos através do exercício do poder, como regra rotineira subvertendo o sentido teórico da norma e distorcendo o sentido dos mandamentos constitucionais em questão” (MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 239)

²²⁵ JASPERS, Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico**. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 108

²²⁶ Jaspers elenca a ideia de verdade como uma forma poder, pelo que o desejo por esse poder, que consequentemente estabelece verdades, poderia auxiliar na explicação das “verdades jurídicas” ditas pelo exercício jurisdicional ao conceituar o termo ‘ordem pública’ de maneira não condizente com a finalidade a que se destina a prisão processual, mas que ainda assim insistem em serem ditas diante dessa necessidade que decorre desse desejo – tendo ou não o agente jurídico ciência disso: “*o desejo de poder mais facilmente assume os contornos da verdade quando, por trás, se põe o desejo de violência. Violência por superioridade intelectual, por contestação orgulhosa, por ameaças, por enganos. Sem embargo, o desejo de poder, enquanto tal, pode ser verídico e a própria verdade é um poder*” (JASPERS, Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico**. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 108)

²²⁷ O que acaba ensejado no mesmo nicho de um problema maior – que é constituído por diversas problemáticas que dizem, de formas diferentes, o mesmo, pois “*consciência, subjetivismo, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema*”. (STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – decido conforme minha consciência?** 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 27)

universalistas já passou. Há a necessidade de o sujeito, aqui na figura do agente jurídico, dar-se por conta da posição que ocupa e acordar para essa realidade²²⁸.

Conforme se observa na doutrina presente naquela parcela que lida mais criticamente com a matéria processual penal, estes que veem no processo penal uma finalidade muito além daquela mera procedimentalização que permite a aplicação do direito penal, vendo-o também como um instrumento garantidor de direitos e assegurado de garantias, pode-se dizer que tratam-se de *“sujeitos [que] vão tomando consciência de que podem construir seu mundo, traçar certos projetos e mudar o rumo da história para o vetor que optarem, de acordo com as escolhas axiológicas que tomarem por referências”*²²⁹. Nessa mesma linha vai dizer Luís Fernando Coelho que é a partir da epistemologia crítica que acabou por se fazer com que os paradigmas epistêmicos do senso comum fossem repensados *“ao relativizar e reduzir a suas reais dimensões o conhecimento pretensamente objetivo e verdadeiro da ciência e desmistificando a pretensão de neutralidade do saber acumulado”*²³⁰ – é o que ampara a ideia de dialética da participação. Claro que aqui não está a se falar de uma abertura de portas para que o sujeito diga o que quiser sobre o que bem entender. Não se trata disso. Bem longe disso. Há amarras – bases teórico-jurídicas que permitem ao julgador afastar a aplicação de um texto de lei por entende-lo inconstitucional, por exemplo. Essas amarras existem e devem ser estritamente observadas. Mas não aquelas amarras frouxas que precisam ser desfeitas (‘ordem pública’) - é justamente o que aqui se critica. De qualquer modo, amparando-se nos limites aqui tratados, é possível dizer que, estando o juiz *“ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma “chance” [...] a si próprio, tentando realizar-se”*²³¹.

É por isso que se diz da necessidade de superação das amarras cognitivas que constituem a figura do julgador. O magistrado é um ser-no-mundo que se constitui

²²⁸ Diz-se aqui do pretenso modelo de um processo penal verdadeiramente democrático, no qual *“o juiz, ao decidir, desempenha relevante papel para que os princípios constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e ampla defesa tenham eficácia”* (MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 126).

²²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 59

²³⁰ COELHO, Luís Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 46-47

²³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 62

a partir do meio no qual vive. Assim, uma vez que se reconhece que a forte tradição inquisitorial²³² no Brasil acaba por “*arraigar as bases epistêmicas, dificultando, inclusive, o pensamento e os vínculos que ele proporciona dentro do sistema acusatório. Não é tarefa simples, em definitivo, livrar-se de um modelo de pensamento*”²³³. Eis a razão pela qual se denota o descompasso de parcela da doutrina (aquela mais crítica que, conseqüentemente, acaba por analisar o problema holisticamente) com o Judiciário. O desacerto é notável ao considerar que os autores mais críticos acabam por evidenciar a fragilidade conceitual da ‘ordem pública’. O problema é de fundo, podendo ser apontado como um dos fatores por esse descompasso o fato de parte da doutrina não exercer a função que lhe caberia, resignando-se com a mera repetição daquilo que os tribunais dizem e reproduzindo esses entendimentos nos diversos manuais que estão presentes nas academias jurídicas de todo o país. Nesse sentido, a constante crítica de Lenio Streck:

Por tudo isso, a doutrina brasileira deveria estar (mais) atenta. Sejam claros. Se é verdade que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é e se é verdade que os juízes possuem livre apreciação da prova (*sic*) ou “livre convencimento” (*sic*), então para que serve a doutrina? Ela só serve para “copiar” ementas e reproduzir alguns “*obiter dictum*”?²³⁴

Assim, sabendo-se que “*sem freios, o poder punitivo tende ao arbítrio*”²³⁵, há de ocorrer um repensar sobre as bases. É a partir dessas bases que a ‘ordem pública’ deve ser (re)pensada. Mas esse freio do qual aqui se fala não é apenas aquele de uma determinada previsão legal que proíba ou impeça que se aja ou julgue de determinada forma no processo penal contrária aos ditames constitucionais. Isso também é importante e necessário – a ‘ordem pública’ ora problematizada é um grande exemplo disso -, mas não apenas. Uma mudança de base se constitui numa mudança de pensamento, de cultura, de agir. Daí que se deve dizer que “*mudar a lei, sim, mas não só*”²³⁶.

²³² “a tradição Inquisitória legada solapa a Presunção de inocência, partindo da prévia contenção do agente que é ainda investigado/acusado” (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 580).

²³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 79

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz Não é Deus: juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 67

²³⁵ SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático**. 1ª Ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. p.7

²³⁶ BERCLAZ, Márcio Soares. O Papel dos “Sujeitos Processuais” no Processo Penal: quando a mudança não depende só de um novo código, mas da cultura e consciência da sociedade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – volume 3**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 172

Um dos problemas é que, ao considerar o grande número de processos que tramita em todo o Judiciário brasileiro²³⁷, sobra pouco espaço para o pensar, para o refletir – e esse é um mal que assola o Direito como um todo: a própria academia (aquela que estabelece e se mantém num discurso raso) e a prática forense. No âmbito criminal, esse fenômeno é ainda mais grave, uma vez que “*o sistema penal deforma a atuação de seus atores [...]. Os atores jurídicos sequer percebem, muitas vezes, que estão a agir ao alvedrio daquilo que confessadamente defendem*”²³⁸.

De todo modo, em que pese algumas divergências entre as formas de abordagens e construções teóricas realizadas, têm-se presentes autores que criticam integralmente a possibilidade do uso da ‘ordem pública’ enquanto fundamento para a decretação da prisão preventiva, afastando-se por completo tal possibilidade, há também os aqui chamados de ‘críticos moderados’, que propugnam pela possibilidade da prisão processual para a ‘garantia da ordem pública’ apenas em determinados casos e estritas situações²³⁹, e há também aqueles que se dedicam a apontar para os posicionamentos estabelecidos pelos tribunais, conceituando a ‘ordem pública’ a partir daquilo que o Judiciário determina como sendo.

Zaffaroni sintetiza de forma bastante clara a problemática que está inserida no cerne dessa questão, a saber, que o tratamento comumente dado às possibilidades de se prender cautelarmente acabam estando pautadas numa lógica de prisão-pena, e não prisão processual. Com o autor, tem-se que

A natureza penal do *sistema cautelar* mostra-se explicitamente na doutrina, na qual são debatidos argumentos que correspondem claramente às consequências jurídicas do delito, e que nada têm a ver com as normas processuais propriamente ditas. O paradoxo é que o direito penal autoritário

O autor ainda vai dizer que “*é da conjugação de um novo Código de Processo Penal brasileiro com a assimilação gradual de uma cultura efetivamente acusatória não só para os sujeitos processuais, mas também para toda a sociedade, que será possível obter um processo penal menos violador de garantias e, conseqüentemente, mais democrático*”. (p. 172)

²³⁷ Nas decisões analisadas, em algumas delas, pode se ver, na parte dos debates sobre os votos, que eventualmente a preocupação dos ministros é ali retratada pelos próprios. Questionam, com razão, o absurdo número de processos que julgam anualmente no Brasil.

²³⁸ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 133

²³⁹ Tome-se como exemplo a proposta de Maurício Zanoide de Moraes, cujo autor, após apontar severas críticas com relação a ‘ordem pública’, aduz que “*para que a prisão provisória possa ser determinada com base na “ordem pública”, sugere-se a observância de três requisitos cumulativos: a pena prevista para o crime imputado; as circunstâncias e a forma demonstradas de cometimento do suposto crime; e, por fim, uma relação temporal entre o conhecimento da autoria e o instante da determinação da prisão*” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 390).

é o que reconhece esse caráter de forma expressa e o legitima como *pena* ou como *medida*, a gosto de cada autor, sendo poucos os autores antiliberais que argumentam tratar-se de uma questão puramente processual.²⁴⁰

Há, por fim, a necessidade de se enfrentar a previsão legal constante no artigo 282, inciso I do Código de Processo Penal²⁴¹, pois aqui reside uma problemática que vai repercutir no objeto-problema do presente estudo, possuindo-se ou não ciência disso aqueles que se valem dessa leitura para “significar” a ‘ordem pública’. Diz-se do fato de que a menção “*para evitar a prática de infrações penais*”, presente no mencionado dispositivo, como fundamento que possibilita a aplicação das medidas cautelares no processo penal, em sendo a prisão preventiva uma espécie dessas medidas, a mais grave delas, a ‘ordem pública’ que se diz buscar garantir como fundamento dessa prisão processual é decretada com o fito de se evitar que o agente, caso solto, continue praticando crimes. Uma coisa estaria ligada à outra. Porém, por mais que essa leitura não se sustente numa leitura substancial do processo penal enquanto amparado pela Constituição Federal, uma vez que a motivação foge da ideia da cautelaridade relativa ao próprio processo, fato é que há previsão legal expressa nesse sentido, dando ensejo para que muitos digam que essa interpretação da ‘ordem pública’ seria possível justamente por se tratar de texto de lei²⁴². É em razão disso que Aury Lopes Jr. vai dizer que o artigo 282 do Código de Processo Penal comete um tropeço ao estabelecer o ‘risco de reiteração delitiva’ como fundamento para se aplicar medida cautelar processual penal. Enfrentando a questão, no âmbito da reforma do Código de Processo Penal sobre as medidas cautelares estabelecida pela Lei n.º 12.403/11, entendendo pela inaplicabilidade dessa parte do dispositivo, diz o autor:

O art. 312 mantém – infelizmente – os mesmos quatro fundamentos da prisão cautelar (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, da instrução e da aplicação da lei penal), e não consagra o “risco de reiteração” ao qual faz referência o art. 282. A expressão “para evitar a prática de

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 111

²⁴¹ Art. 282. *As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;*

²⁴² “[...] considerando o fato de constar expressamente que as medidas cautelares visam evitar a prática de infrações penais, se usa a ordem pública sob o fundamento de que o indivíduo deve ter sua liberdade cerceada para que não venha a cometer novos delitos. Na atual conjuntura processual-constitucional vigente no Brasil, não há subsídios para prender um indivíduo sob a alegação de que, solto, este permanecerá a cometer crimes. É fato que também não há como comprovar que ele não os cometerá. Porém, a única presunção que a Constituição permite que seja feita é a de inocência (ou não culpabilidade)” (SOUZA, João de Castro. **A (Im)Possibilidade de Decretação da Prisão Preventiva Fundamentada na Garantia da Ordem Pública**. Disponível em: ><http://emporiadodireito.com.br/leitura/a-im-possibilidade-de-decretacao-da-prisao-preventiva-fundamentada-na-garantia-da-ordem-publica>>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 21/11/2018)

infrações penais” é o chamado risco de reiteração, fundamento recepcionado em outros sistemas processuais [...], mas desconhecido pelo nosso (pois não aceitamos a manipulação discursiva feita em torno da prisão para garantia da ordem pública, com vistas a abranger uma causa [reiteração] que ali não pode estar).²⁴³

Há a necessidade de se observar a questão a partir de sua base fundante, a saber, a própria criteriologia principiológica que funda as medidas cautelares processual penais. Somente a partir dessa perspectiva fundacional é que se faz possível estabelecer um critério adequado para o uso e suas possibilidades no que tange as medidas cautelares do processo penal – principalmente no que diz respeito à prisão preventiva.

É nesse sentido que se aponta para alguns descompassos presentes na doutrina e jurisprudência: em muitos dos casos observados, falta essa preocupação para com a base fundante – tanto sistêmica como principiológica -, o que leva a permissão e uso desmedido da prisão preventiva, principalmente com o amparo do requisito da ‘ordem pública’.

3.2 O romance em cadeia de Dworkin: uma proposta de análise

Ao considerar que um dos pontos de abordagem no trabalho se dá pela análise do discurso jurisdicional sobre a temática, propõe-se aqui fazer uma leitura dworkiniana dos resultados da pesquisa feita sobre as decisões em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da ‘ordem pública’.

As ideias e propostas de Ronald Dworkin para o campo do Direito são muitas, mas a “teoria” desse autor que se pretende aplicar nesse subcapítulo é o “romance em cadeia”, uma vez que diante do levantamento das decisões mencionadas, pretende-se observar se há uma coerência no discurso presente nessas decisões – no sentido de analisar se seguem uma lógica que concatena de maneira coesa os “discursos sobre a ‘ordem pública’” ao longo dos anos. Importante salientar que a possibilidade de se aplicar tal proposta no Brasil desta forma é justamente o resultado

²⁴³ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42-43

da tese doutoral da professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza²⁴⁴, possibilitando-se tal abordagem²⁴⁵.

Dworkin inicia uma de suas mais importantes obras dizendo que “*é importante o modo como os juízes decidem os casos*”²⁴⁶. Ao buscar responder sobre o que seria o Direito, o autor o define como um conceito interpretativo²⁴⁷, estabelecendo, após tecer duras críticas ao convencionalismo²⁴⁸ e ao pragmatismo²⁴⁹, que a melhor forma de concepção do direito, aquela que dará a única resposta correta a cada caso em análise²⁵⁰, seria o direito como integridade – essa é uma das, se não a principal, propostas de Dworkin para o campo jurídico.

Dworkin parte da integridade política como um princípio balizador para o direito, distinguindo-o em duas formas – a integridade presente na legislação e a integridade

²⁴⁴ Que foi publicada na forma de livro: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁴⁵ Assim como também é defendido por Ana Cláudia Bastos de Pinho, quando diz a autora que “*embora o pensamento de Dworkin seja construído nas bases da common law, a propriedade das suas formulações e a abrangência de suas ideias são tais que permitem uma aproximação com os sistemas romano-germânicos, o brasileiro, em especial*”. (PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 75)

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3

²⁴⁷ “*O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito*”. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 488)

²⁴⁸ Dworkin define o que entende por convencionalismo como sendo aquela concepção do direito que “*partilha da ambição geral do lema popular, ainda que a interpretação que elabora seja mais sutil, em dois aspectos. Primeiro, o convencionalismo explica de que maneira o conteúdo de decisões políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável. Faz o direito depender de convenções sociais distintas que ele designa de convenções jurídicas; em particular, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis, e como. Toda comunidade política complexa, insiste o convencionalismo, possui tais convenções. [...] O convencionalismo sustenta que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito. [...] Segundo, o convencionalismo corrige a opinião popular do leigo, para quem sempre existe um direito a ser aplicado. O direito por convenção nunca é completo, pois constantemente surgem novos problemas que ainda não havia sido resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem da autoridade convencional para resolvê-los*”. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 141-142)

²⁴⁹ Dworkin explica que “*o pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual*” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 185)

²⁵⁰ “*Dworkin entende que existe apenas uma única resposta correta para os casos difíceis, e não somente respostas diferentes*” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252)

na deliberação judicial²⁵¹. A integridade seria uma forma de virtude que deveria ser levada em conta “*ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal*”²⁵²²⁵³. Fazendo-se a integridade presente no direito, ter-se-ia aí o direito como integridade, concepção esta que:

Pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.²⁵⁴

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior sintetiza bem a desenvoltura dessa forma de análise e concepção do direito, situando-se no contexto brasileiro:

a “integridade do direito” aqui diz respeito não somente às decisões judiciais dos demais tribunais em relação a uma “comunidade de princípios”. Há um plus aí. A decisão judicial precisa estar constitucionalmente embasada. Isto é, a norma do caso concreto precisa advir de uma produção de sentido autêntica dentro da tradição na relação de compatibilidade com o primeiro e maior referencial em nossa tradição jurídica: a Constituição. E a partir daí, a *chain novel* pode ser referenciada como precedente como argumento legítimo.²⁵⁵

Fazendo uma leitura de Dworkin, Ana Cláudia Bastos de Pinho estabelece a ideia de ‘direito como integridade’ como sendo a

Única concepção capaz de gerar decisões justas, argumentativamente construídas, coerentes, equilibradas, que atendam às exigências da adequação, a fim de manter a coerência do que já foi produzido pelas instituições jurídicas, sem, entretanto, ficar atrelado ao passado, podendo justificar o rompimento de paradigmas, precedentes, com base em razões fundadas em princípios de moralidade política.²⁵⁶

²⁵¹ Para o autor, a integridade na legislação “*restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas*”, enquanto a integridade na deliberação judicial “*requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, como esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir as normas implícitas entre e sob as normas explícitas*”. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 261)

²⁵² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 261

²⁵³ Segundo o autor, “*a justiça [...] diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu*”. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 483)

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 291

²⁵⁵ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 83-84

²⁵⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 86

A partir dessa proposta, desse constructo teórico, Dworkin, preocupado com a forma com a qual os juízes decidem, estabelece a ideia do romance em cadeia²⁵⁷ como forma de melhor se compreender o modo com o qual os juízes devem tratar a coerência para com suas próprias decisões – levando-se em consideração o todo: as decisões anteriores, o contexto político-social no qual se situam a integridade ínsita do seu modelo de direito.

Dworkin classifica os juízes como sendo, ao mesmo tempo, autores e críticos. Daí que estabelece uma comparação entre o direito e a literatura ao criar “*um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”*”²⁵⁸. Nessa forma de projeto, uma série de romancistas participa da criação de um romance em série: cada autor deve interpretar e levar em conta os capítulos já escritos que recebeu antes de iniciar a escrita do seu próprio, visando dar uma uniformidade e coerência à obra que se pretende findar. Esse processo segue de igual modo de autor para autor, sendo que cada um “*tem dupla responsabilidade, de interpretar e criar*”²⁵⁹. Nesse sentido, ao considerar que cada romancista deve proceder a escrita do seu capítulo visando a criação da melhor forma possível do romance em construção – visando o resultado final coeso -, tem-se que “*a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade*”²⁶⁰, estabelecendo-se aí a ideia de romance em cadeia. Assim, “*o direito como integridade [...] pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário*”²⁶¹, a fim de que leve em conta a coesão do sistema jurídico como um todo, “recebendo” as decisões anteriores existentes sobre determinada temática abordada num caso concreto como fossem parte de uma longa história, considerando-as, portanto, a fim de se preservar pela coerência e integridade do direito, tal como num romance em cadeia.

²⁵⁷ “Ronald Dworkin propõe uma analogia do Direito com a literatura. Mais especificamente, para Dworkin, os juízes – e, desde já, lembre-se, sempre, que Ronald Dworkin está trabalhando a partir do common law -, ao decidirem casos, são como romancistas em uma cadeia, que, ao escreverem um romance em conjunto, devem, cada um à sua maneira, oferecer um novo capítulo que leve em consideração aquilo que já foi escrito anteriormente pelos romancistas antecedentes” (MORBACH, Gilberto; BERNST, Luísa Giuliani. Justiça para Artesãos: Ronald Dworkin e a renovação da tradição a partir do direito como literatura. **RDL – Rede Brasileira de Direito e Literatura – Anais do VI CIDIL**. v. 1, p. 44-60. Ago. 2018. ISSN: 2525-3913. Disponível em: <<http://seer.rdl.org.br/index.php/anacidil/article/view/365>>. p. 47).

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 275

²⁵⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 253

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 276

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 286

Deste modo, a proposta de Dworkin do ‘romance em cadeia’ consiste em “*situar o intérprete na posição daquele que recebe algo e tem a tarefa de dar continuidade, da melhor forma possível (em sua melhor luz), sem, no entanto, confundir-se com a pessoa daquele autor que o antecedeu na obra*”²⁶².

Assim sendo, considerando a proposta de análise das decisões do Supremo Tribunal Federal aqui tratadas a partir da ideia de romance em cadeia de Dworkin, passam a se fazer algumas considerações tomando como base tal perspectiva, a saber, estabelece-se se houve ou não a aplicação da lógica presente na proposta dworkiniana nesse período pesquisado nas decisões em que o Supremo Tribunal Federal disse algo a respeito da ‘ordem pública’ no processo penal. Nesse sentido, Estefânia Barboza vai dizer que “*é possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas de civil law, como o Brasil*”²⁶³²⁶⁴. A partir disso é que se tecem os comentários que seguem.

A partir da ideia de coerência, no sentido de que as decisões devem estar de acordo, em sintonia, num mesmo sentido, com as de outrora que já decidiram a respeito de um mesmo ponto em comum de um dado tema, tem-se que até certo ponto o STF a mantém ao decidir sobre a ‘ordem pública’ no processo penal.

Não se pode dizer o mesmo com relação à integridade, uma vez que, pelos motivos já expostos, pelas significações dadas pelo Supremo Tribunal Federal, não há respeito qualquer à finalidade a que se destina o uso da prisão preventiva. Criou-se uma finalidade através do discurso e essa agora é sustentada por este. A base atual, inadvertidamente erigida pelo STF, é insólita, perene e não se sustenta dentro

²⁶² PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 91.

A autora prossegue explicando que “*assim como o romancista em cadeira tem o desafio de dar continuidade à obra literária, fazendo-o da melhor forma possível, sem, todavia, pretender descobrir a intenção do outro literato que o antecedeu, o intérprete/juiz tem o dever de cuidar do Direito, recebendo-o, pela tradição, e recriando-o, em sua melhor luz, para devolvê-lo à comunidade atual*” (p. 91-92)

²⁶³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 254

²⁶⁴ Também nesse sentido: “*é possível abordar a nossa prática jurídica do civil law a partir de princípios que subjazem à analogia proposta por Ronald Dworkin. [...] ainda que a analogia do romance em cadeia tenha sido construída com a intenção de representar uma concepção interpretativa acerca do Direito norte-americano [...], é possível, a partir dela, que tracemos paralelos interessantes que auxiliam na busca por um direito íntegro e coerente*” (MORBACH, Gilberto; BERNSTES, Luísa Giuliani. Justiça para Artesãos: Ronald Dworkin e a renovação da tradição a partir do direito como literatura. **RDL – Rede Brasileira de Direito e Literatura – Anais do VI CIDIL**. v. 1, p. 44-60. Ago. 2018. ISSN: 2525-3913. Disponível em: <<http://seer.rdl.org.br/index.php/anacidil/article/view/365>>. p. 52-53).

de um aspecto normativo principiológico fundante do sistema cautelar. Não há a integridade dworkiniana presente, portanto. Mas há sim, em que pese até certo ponto, a coerência. E se por esta perspectiva for analisada a série de julgados enquanto um romance em cadeia, pode-se dizer que há uma linha central que mantém unida a história com início-meio-fim, mas que também há vários desvirtuamentos inesperados.

É como se o meandro do romance permanecesse o mesmo na medida em que vai avançando de autor para autor (no caso, diz-se do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal que, em regra, permanece o mesmo independente do ano da decisão ou do ministro responsável por essa, a saber o de que é ilegítimo o fundamento prisional quando baseado em argumentos abstratos ou quando embasado na gravidade em abstrato do crime), de modo que uma lógica mínima é mantida. Porém, há os rompantes na história, como se alguns autores se julgassem autorizados a mudar elementos já registrados, como a cor dos olhos de uma personagem (no caso, diz-se de entendimento voláteis sobre quando se entende a gravidade concreta ou abstrata do crime para se configurar a possibilidade de prisão preventiva pela ‘ordem pública’ com base em tal argumento), ou ainda adicionar elementos no romance que não combinam com a história, como um extraterrestre presente num romance de cavalaria medieval (no caso, diz-se de quando o Supremo Tribunal Federal entende como permitido o uso do argumento da ‘ordem pública’ por razões extraprocessuais e por conjecturas, como quando se autoriza prender para evitar que o acusado volte a praticar crimes enquanto solto).

Assim, não pode se dizer que história seja una, ou pelo menos que todos os autores respeitem a linearidade do romance. Há idas e vindas. Elementos que entram e depois saem. Passagens que deixam o leitor perplexo diante da estranheza que aquilo causa na história. Enfim, o romance em cadeia se faz presente enquanto sua forma pretendida apenas até certo ponto, uma vez que os rompantes o maculam enquanto uma história sólida e única.

Ao considerar que “o direito como integridade é sensível ao diferente valor marginal da certeza e da previsibilidade em diferentes circunstâncias”²⁶⁵, aceitar-se-ia mudanças no enredo da ‘ordem pública’ caso assim fosse o caso. Mas não se observou nada nesse sentido nos últimos anos no Brasil que autorizasse o Judiciário

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 439

a proceder de tal modo, até mesmo porque há uma base escoreta na qual deveria se firmar o Supremo quando tratou da ‘ordem pública’ – é espécie de prisão que somente pode ser utilizada quando necessária para o resguardo do processo. Na medida em que se foi além disso, a integridade já deixa de o ser, e o romance fica com furos, rompantes e desvirtuamentos que deixam o ávido leitor confuso acerca do seu enredo – assim como também fica o intérprete ao se deparar com as decisões judiciais que dizem algo sobre a ‘ordem pública’ no processo penal.

3.3 O filtro garantista de Ferrajoli

Se pelo “romance em cadeia” a ‘ordem pública’ não se mantém como aplicável, seria possível ser sustentada a partir de um paradigma diverso? Enquanto na proposta dworkiniana a construção de sentido se estabelece na própria decisão judicial (em seu conjunto ambientalizado em dado contexto), poderia ser “testada” a ‘ordem pública’ a partir de um campo em que o sentido se dá a partir do texto positivado? É diante disso que se faz necessário estabelecer um critério mais robusto e crítico nesse sentido para “testar” o significado de ‘ordem pública’ no campo jurisdicional, o que se fará através de um filtro.

Esse filtro é a teoria do garantismo penal²⁶⁶, tendo como marco teórico, portanto, o italiano Luigi Ferrajoli²⁶⁷. Sedimentando-se toda a ideia de processo penal

²⁶⁶ “o garantismo designa um modelo normativo de direito que preza pela estrita legalidade, onde, no plano político, tem como finalidade maximizar a liberdade e minimizar a violência, conseqüentemente, acarretar no plano jurídico a vinculação do exercício do poder punitivo do estado a preceitos garantidores de direitos individuais” (MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4^a Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 60).

²⁶⁷ Merece refutação toda e qualquer leitura deturpada que se faz da proposta garantista do autor italiano. Em realidade, o que ocorre são não leituras (ou leituras rasas e superficiais) que ensejam em mitos e desvirtuamentos do pensamento de Ferrajoli. Nesse sentido, a explicação de Alfredo Copetti Neto sobre esse lamentável fenômeno ganha especial importância: “necessário referir que o nome de Luigi Ferrajoli, em específico de seu modelo garantista do direito, no Brasil, vem sendo relacionado a inúmeras teorias penalistas que, na maioria das vezes, estão vinculadas a “abolição do sistema penal” (sic), “final da pena de prisão” (sic), a “absolvição de criminosos” (sic), a “defesa de direitos humanos para bandidos, e para as vítimas” (sic) etc. Uma leitura um pouco mais atenta a respeito do pensamento do autor italiano poria por terra qualquer das alternativas acima citadas. Aliás, dizer que Ferrajoli defende a abolição do sistema penal, por exemplo, é antitético ao seu próprio modelo de direito, pois já no final da segunda parte do livro *Diritto e ragione* ele aponta críticas às doutrinas abolicionistas. Não bastasse isto, é importante salientar que Luigi Ferrajoli, diante de sua formação positivista crítica, para não criar (ainda mais) confusão a respeito do termo desenvolve seu raciocínio jurídico tomando por base pensadores como Hans Kelsen, Herbert A. L. Hart, Alf Ross e Norberto Bobbio, cujas obras

e, conseqüentemente, a prisão cautelar a partir de um viés garantista, verificar-se-á se as conceituações de ‘ordem pública’ se sustentam a partir de Ferrajoli.

Desde já, adianta-se que “*a proposta do garantismo é elaborar técnicas [...] no plano teórico, fazê-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático*”²⁶⁸. A base do garantismo se situa numa interpretação restritiva da lei, de modo que não haja interferência nos direitos individuais do acusado²⁶⁹. Assim, o que funda o garantismo é a sua base epistemológica, podendo se falar em uma epistemologia garantista. O direito penal dos ordenamentos que se conhece é demonstrado como sendo um produto moderno. O esquema epistemológico apresentando é denunciado como portador de um “*defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista*”²⁷⁰, ou seja, da forma com a qual foi concebido, jamais foi realizável e nunca será. Um dos principais problemas nesse impasse é a interpretação da lei, uma vez que o juiz é um ser humano, logo, devendo se levar em conta suas vicissitudes.

Ferrajoli apresenta alguns modelos autoritários de legalidade penal e processual penal, trazendo também o problema da verdade processual. Para o autor, “*se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade*”²⁷¹. Nesse ponto, Ferrajoli estabelece o que o garantismo entende por ‘verdade’, trabalhando ainda com suas diversas noções: verdade formal, verdade processual, verdade como correspondência, verdade fática, verdade jurídica, verdade aproximativa... Ferrajoli vai optar por um tipo próprio de verdade processual, estabelecendo limites para tal. A partir disso, aduz que poderiam ser estabelecidos graus de garantismo de acordo com o grau de decidibilidade da verdade processual que os sistemas penais permitam normativamente e satisfaçam tal pretensão de

enaltecem o direito como mecanismo idôneo a promoção da paz. Portanto, é importante que se diga: Ferrajoli segue esta linha, ou seja, acredita no direito e na democracia.” (COPETTI NETO, Alfredo. **A Democracia Constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 19-20).

²⁶⁸ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 110

²⁶⁹ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 184

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014, p. 42

²⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014, p. 48

verdade de maneira concreta. Segundo o autor, “o direito é um universo linguístico artificial que pode permitir [...] a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controle lógicos e empíricos” – daí que o problema do garantismo seria “elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático”²⁷².

Assim, pode se apontar o modelo garantista como um “sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com as normas superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos”²⁷³. Não é por razão diferente que se diz que a proposta garantista se situa num paradigma positivista de direito²⁷⁴.

A partir dessa proposta, tem-se que “o Estado Constitucional tem uma estrutura axiomática que serve à consecução dos objetivos de proteção à pessoa humana”²⁷⁵. Na linha do garantismo, Ferrajoli estabelece os famosos princípios fundamentais do seu modelo de direito penal. Empregam-se onze termos na formulação dos princípios: “pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa”²⁷⁶. Surgem então os axiomas garantistas, os quais prescrevem o que deve ocorrer no âmbito garantista do modelo de direito penal e processual penal proposto. Assim, “cada uma das implicações deônticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia [...] uma condição sine qua non, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena”²⁷⁷, de modo que os dez axiomas do garantismo penal daí surgem, tratando-se de um modelo limite, o que se faz mediante o estabelecimento das famosas máximas latinas:

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014, p. 71

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 53

²⁷⁴ “Ferrajoli es, certamente, normativista, pero de um normativismo no ensimismado, sino realista y crítico, capaz de dar cuenta de la compleja naturaliza del cerecho actual, incluídas las divergências entre su realidade empírica y el deber ser jurídico-constitucional al que ésta debería ceñirse” (IBÁÑES, Perfecto Andrés. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. 4ª Ed. Madrid: Editorail Trotta, 2004. p. 9)

²⁷⁵ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014. p. 89

²⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014. p. 90

- A1 *Nulla poena sine crimine* [princípio da retributividade]
- A2 *Nullum crimen sine lege* [princípio da legalidade]
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* [princípio da necessidade]
- A4 *Nulla necessitas sine injuria* [princípio da lesividade]
- A5 *Nulla injuria sine actione* [princípio da materialidade]
- A6 *Nulla actio sine culpa* [princípio da culpabilidade]
- A7 *Nulla culpa sine iudicio* [princípio da jurisdicionariedade]
- A8 *Nullum Judicium sine accusatione* [princípio acusatório]
- A9 *Nulla accusatio sine probatione* [princípio do ônus da prova]
- A10 *Nulla probatio sine defensione* [princípio do contraditório]²⁷⁸

São essas máximas, esses princípios, que estabelecem a Teoria do Garantismo Penal. Nas palavras do autor, “*estes dez princípios [...] definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal*”²⁷⁹.

Nesse sentido:

os axiomas *garantistas* não possuem a pretensão de expressar proposições assertivas, mas, sim proposição descritivas; não *descrevem* o que ocorre, mas *prescrevem* o que deve ocorrer; não enunciam as condições de um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva *satisfazer* em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa.²⁸⁰

Não é por outra razão que os direitos fundamentais recebem particular importância no garantismo ferrajoliano, ocupando um verdadeiro local de destaque. Nesse sentido, salutar a definição dada à ideia de direitos fundamentais pelo autor italiano:

son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos em cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas com capacidade de obrar; entendendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por uma norma jurídica; y por <<*status*>> la condición de um sujeto, prevista asimismo por uma norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidade para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas²⁸¹.

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014. p. 91

²⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014. p. 91

²⁸⁰ VALLE, Juliano Keller. **A Defesa do Direito de Defesa: uma percepção garantista**. 1ª Ed. Florianópolis: Habitus, 2017. p. 38-39

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. 4ª Ed. Madrid: Editorail Trotta, 2004. p. 37

Ferrajoli estabelece duas grandes divisões dentro da ideia de direitos fundamentais: os direitos de personalidade e os direitos de cidadania, estes que correspondem aos direitos primários (substanciais) e os direitos secundários (instrumentais ou de autonomia). Ao se cruzar essas duas distinções, ter-se-iam quatro grandes classes de direitos: os direitos humanos, os direitos públicos, os direitos civis e os direitos políticos²⁸². Questão importante e que aqui se destaca é que, dentro dessa divisão, as garantias penais e processuais estão inseridas na primeira grande classes desses direitos, a saber, a dos direitos humanos. Nesse sentido, a presunção de inocência acaba sendo um dos elementos basilares do garantismo²⁸³.

No que tange ao objeto do presente trabalho, ao defender o seu garantismo, naquilo que vai chamar de ‘constitucionalismo garantista’ – em oposição ao ‘constitucionalismo principialista’ -, Ferrajoli reclama pelo estabelecimento de termos legais mais precisos e determinados, evitando-se assim problemáticas como as aqui levantadas. Nesse sentido, defende o autor que

seria oportuno que a cultura jusconstitucionalista [...] promovesse o desenvolvimento de uma linguagem legislativa e constitucional o mais precisa e rigorosa possível. Na verdade, entre os fatores mais graves da discricionariedade judicial e do crescente papel da argumentação, está a crise da linguagem legal, que chegou a uma verdadeira disfunção: pela imprecisão e ambiguidade das formulações normativas; pela sua obscuridade e, às vezes, contradição [...]²⁸⁴.

Sobre o que se defende com base nessa assertiva de Ferrajoli, Ana Cláudia Bastos de Pinho questiona se a precisão semântica seria algo suficiente para frear o arbítrio decisionista. A autora indaga sobre qual seria “*o nível de precisão semântica exigido pelo sistema garantista para eliminar qualquer possibilidade de decisionismo*”²⁸⁵, entendendo que, por mais que reconheça como incontestes a importância do sistema garantista para os Estados Constitucionais, a tese ferrajoliana

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. 4ª Ed. Madrid: Editorail Trotta, 2004. p. 40

²⁸³ “*O pensamento garantista parte do princípio de presunção da inocência, a favor da tutela da imunidade dos inocentes, mesmo que isso tenha como consequência a impunidade de algum culpado*”. (VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 184)

²⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 54

²⁸⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 113

possuiria limitações, sendo necessário o caminho da hermenêutica a ser trilhado para que os entraves que a autora observa no garantismo possam ser superados. O problema, portanto, estaria na dificuldade de sua aplicação no campo prático – na jurisdição²⁸⁶.

Daí a importante lição de Ferrajoli quando diz que

os juristas precisam assumir [...] as responsabilidades ligadas à sua profissão. E, se é verdade que a curto prazo não podemos nos iludir, é também verdade que a história nos ensina que os direitos não caem do céu, e um sistema de garantias efetivas não nasce numa prancheta, não se constrói em poucos anos, nem tampouco em poucas décadas²⁸⁷

Tal apontamento é relevante ao considerar toda a problemática para se moldar a forma de se pensar no Brasil, o que reflete, conseqüentemente, na forma de se gerir a jurisdição.

Deste modo, por mais que se busque uma perspectiva garantista para se proceder uma leitura legítima e democrática do processo penal brasileiro, a práxis forense demonstra que inexistente essa perspectiva de garantias presente – a não ser em alguns discursos isolados que não conseguem obter suficiência para que haja uma efetiva mudança no quadro jurisdicional do processo penal, de modo que poderia aqui se falar naquilo que Ricardo Jacobsen Gleckner chamou de “garantismo

²⁸⁶ Reconhecendo a dificuldade da realização política das garantias elencadas em seu garantismo (tanto em nível nacional como em nível internacional), Ferrajoli defende que se deve lutar por sua efetivação: “*Es verdad [...] que el actual viento neoliberal, que ha hecho un nuevo credo ideológico del absolutismo del mercado y del absolutismo de la mayoría, no permite concebir esperanzas sobre la disponibilidad de los sectores bienpensantes [...] a verse limitados y vinculados por reglas y derechos informados en el principio de igualdad. Pero, entonces, digamos que los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías. Lo que no puede consertirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer*” (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. 4ª Ed. Madrid: Editorail Trotta, 2004. p. 65). Já para Ana Cláudia Pinho, por mais que reconheça a grande e salutar contribuição da proposta ferrajoliana, a inaplicabilidade num nível de maior amplitude do garantismo residiria no fato de que “*os fundamentos epistemológicos do garantismo são de tal sorte ideias e utópicas (como admitido, várias vezes, por Ferrajoli) que, raramente, podem ser utilizados em toda a sua pureza para apoiar as decisões concretas, do mundo prático*” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 143).

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 63

inquisitório”²⁸⁸. Isso porque parcela da doutrina e grande parte do Judiciário²⁸⁹ traduzem a ideia de ‘ordem pública’ num sentido totalmente diverso e contrário ao que se destina a prisão cautelar²⁹⁰. Não é por menos que Ferrajoli vai dizer que “*uma teoria garantista do direito e do processo pode apenas promover a redução da ventania das soluções incorretas através da redução do arbítrio por meio de adequadas garantias substanciais e processuais*”²⁹¹.

No caso do processo penal, Ferrajoli estabelece que “*a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição*”²⁹², de modo que o trato devido às questões do juízo, da jurisdição, do ato de julgar, merecem especial atenção. A submissão à jurisdição é posta como uma importantíssima garantia, uma vez que condição de possibilidade para que as demais surtam seus efeitos de proteção ao “mais fraco”. Ferrajoli analisa os diversos modelos

²⁸⁸ Após fazer uma análise das últimas reformas do processo penal brasileiro, a conclusão a que chega o autor é que a intentada democracia processual penal, com o advento da Constituição Federal de 1988, não se desenvolveu, não tendo ocorrido qualquer mudança de perspectiva no norte político-criminal, de modo que o quadro do “garantismo inquisitório” se revelaria pela constatação de decisões paradigmáticas do Judiciário brasileiro que vão num sentido contrário ao garantismo compromissário, estabelecendo assim que “*do garantismo compromissário, capaz de alterar substancialmente as práticas punitivas, restou apenas a retórica manualística, responsável por introitos aos “princípios gerais do processo penal”, que não encontram ressonância na práxis forense*”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (org.) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Volume 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 242)

²⁸⁹ Por mais que se reconheça o impecável trabalho de Fernanda Bestetti de Vasconcellos em sua pesquisa bastante referenciada no presente trabalho, diante das conclusões aqui estabelecidas, há um ponto em que se discorda totalmente de um apontamento feito pela autora, pois o que aqui se demonstrou não condiz com a seguinte assertiva da pesquisadora: “*pode-se concluir que o STF caminha na direção da real garantia dos direitos individuais, bem como da sua manutenção. O pensamento garantista passa a nortear suas decisões no sentido de que sejam dadas justificativas racionais para a decretação ou manutenção de prisões cautelares, fato que começa a por em xeque o argumento referente à questão da manutenção da ordem social*” VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 166). Conclusão essa bastante dissonante do que se observa nos últimos tempos. Muito mais acertada a conclusão de Ricardo Gloeckner aqui também mencionada ao aduzir que poderia se falar somente num “garantismo inquisitório”.

²⁹⁰ “*A dificuldade das instituições públicas em lidar com a crescente criminalidade ocasiona um sentimento social de impunidade. [...] Em decorrência disto, o processo penal, [...] passa a ser utilizado como um mecanismo de punição antecipada, já que a prisão imediata poderia ser responsável pela construção de uma falsa noção de eficácia do poder repressivo do Estado*”. (VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 218)

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 254

²⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014. p. 495

jurisdicionais, a fim de buscar estabelecer o mais adequado à sua Teoria. A presunção de inocência deve ser um dos motes que conduzem a jurisdição. Conforme pontua o autor, *“toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito”*²⁹³, de modo que as bases garantistas estabelecidas merecem estrita observância.

Ferrajoli também trata da prisão processual, ou seja, daquela que não é fruto de uma condenação, expondo todos os problemas que residem na ideia da “prisão preventiva”, estabelecendo, por exemplo, que *“toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio”*²⁹⁴, chegando a propor um processo em que não exista a prisão preventiva, ou seja, mesmo naqueles casos em que a prisão processual possuiria seu espaço cabível (nas hipóteses em que se busca proteger o próprio bom andamento do processo), estas não serviriam num modelo garantista, uma vez que o instituto da prisão preventiva seria *“apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação”*²⁹⁵.

Assim, os requisitos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, a saber, quando a prisão preventiva é decretada ‘por conveniência da instrução criminal’ e para ‘assegurar a aplicação da lei penal’ também não seriam aplicáveis em seu modelo, ou seja, mesmo quando utilizadas para a finalidade acautelatória processual, visando-se resguardar a instrução processual, o uso do próprio instrumento prisão preventiva não seria permitido. As razões, claro, são muito mais pontuais e profundas, trabalhadas criteriosamente pelo autor – diferentemente do que ocorre com a ‘ordem pública’ que, pelo garantismo, seria expurgada sumariamente dada a sua gritante imprecisão semântica. Ferrajoli aposta na precisão semântica como elemento do seu garantismo.

O problema da ‘ordem pública’ quando analisada sob o prisma do garantismo, é que o conceito já esbarra na própria amplitude de leitura que o termo permite. Na teoria garantista, não há espaço para termos vagos ou ambíguos. O processo penal

²⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014. p. 506

²⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014. p. 511

²⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 512

lida com a liberdade do indivíduo e, em assim sendo, há de se ter previsões normativas específicas, claras, que possam ser lidas de maneira bastante compreensível, a fim de não ensejar em qualquer dúvida interpretativa quando de sua aplicação. Se o texto diz que pode se prender em determinada circunstância, devidamente explicitada em sua previsão legal, não restando dúvidas acerca dessa possibilidade, aí ter-se-á uma espécie de previsão normativa que não enseja em dúvida ao aplicador do texto legal. No caso de se ter um termo que não possa ser assim compreendido, tratar-se-á de dispositivo inválido – que assim deve ser declarado, ensejando em sua não aplicabilidade.

Ressalte-se ainda que o garantismo acaba por clamar por uma interpretação *pro homine*, jamais *pro societate*. Quiçá houvesse alguma interpretação ou leitura da ‘ordem pública’ *pro homine*, até seria aceitável enquanto garantia. Seriam os critérios negativos da ‘ordem pública’ exemplos disso? Em assim sendo, todas as ‘significações’ dadas ao termo não comportam aplicação, uma vez que os critérios negativos observados afastam o uso da medida da prisão preventiva, enquanto os critérios positivos não constituem interpretações *pro homine*.

A ‘ordem pública’ do processo penal é então um termo que não passa pelo filtro garantista – não apenas pelas leituras que são realizadas, pela doutrina e pela jurisdição, sobre o conceito, mas é barrada logo na sua constituição enquanto termo vago e ambíguo. E vagueza e ambiguidade normativas é algo que não condiz com a proposta garantista.

3.4 Ordem pública como conceito insustentável no plano jurídico: apontamentos críticos

Todos os apontamentos, demonstrações de resultados, abordagens diversas e exposições feitas nas partes anteriores acabam por possibilitar uma leitura bastante ampla sobre o problema da ‘ordem pública’ no processo penal, ensejando assim numa crítica fundamentada ao instituto.

Assim, diante de tudo o que foi até aqui trazido, o resultado definitivo da pesquisa encontra o seu viés mais crítico sintetizado nesta parte final, de modo que a

partir de todos os elementos apresentados, somando-se aos autores pesquisados que lidam com o tema da 'ordem pública' no processo penal, a 'ordem pública' pode ser criticada enquanto elemento insustentável no processo penal, uma vez que ausente de critérios concretos que possibilitem sua aplicação dentro daquilo a que se destina o uso da prisão preventiva, uma vez que *“a prisão cautelar deve ser entendida como um instituto de pleno exercício do poder estatal e, que deve respeitar procedimentos previamente estabelecidos para que tenha legitimidade e compatibilidade constitucional”*²⁹⁶.

Não há um conceito único. O que existe são vários, e esses diversos nem sempre dialogam entre si, uma vez que cada qual possui sua própria base (frágil) que se situa num viés diferente de constituição ou aplicação, de modo que *“no fundo, a garantia da ordem pública está em eterna crise de identidade”*²⁹⁷.

Há presente o critério da seletividade penal, uma vez que, conforme se observou na pesquisa realizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os crimes pelos quais respondem aqueles que são presos preventivamente para a garantia da 'ordem pública' são quase sempre os mesmos. Deste modo, pode-se dizer que é com acerto que afirma Fernanda Bestetti de Vasconcellos quando diz que o uso crescente da prisão provisória para acusados determinados demonstra *“a intenção estatal de responder de modo imediato à demanda punitiva da sociedade, através da adequação do processo cautelar como instituto promotor de garantia da segurança pública”*²⁹⁸, invertendo-se assim a finalidade a que se destina o instituto²⁹⁹.

De modo semelhante apontam Julio Cesar Marcellino Junior e Alexandre Morais da Rosa:

²⁹⁶ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 333

²⁹⁷ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 79

²⁹⁸ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 155

²⁹⁹ A conclusão da autora se dá no seguinte sentido: *“A prisão preventiva deixou de ser utilizada (se é que um dia o foi) apenas como meio de garantir o andamento do processo e a execução das penas e voltou-se à nova ideologia da punição, de acordo com a qual encarceramento mássico dos indivíduos pertencentes às classes economicamente inferiores, e definitivamente excluídos da sociedade inserida na lógica de uma modernidade tardia, proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade. Logo, a prisão provisória encontra-se colocada na lógica da repressão social, passando a instrumento de controle social”*. (VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 219)

A desordem e o medo são habilmente trabalhados sempre como medo do crime, desordem provocada por criminosos, tergiversando e girando o discurso de modo respaldar o Direito Penal máximo, 'caçador de bruxas' e que permite com que os consumidores possam gozar de seu patrimônio. Não por acaso estamos em fase [...] de paulatina expansão punitiva.³⁰⁰

Isso faz com que aquela pretensa ideia (prevista legalmente) de a prisão preventiva se tratar da *ultima ratio*, devendo ser evitada a todo custo e aplicada tão somente nos casos e hipóteses em que não couberem as medidas cautelares diversas da prisão, caia por terra, pois a prática jurisdicional demonstra que seu uso é constante. Por isso é que se diz que:

a ideia de encarceramento preventivo como *ultima ratio* ainda não é realidade prevalente. Em parte, devido à baixa confiança nas cautelares diversas da prisão, mas, em parte, pela crença de que o encarceramento é a melhor resposta para os mais diversos males do contexto social.³⁰¹

Conforme aponta Salah Khaled Jr., foi a junção da lógica inquisitorial com a proposta do positivismo e a argumentação cientificista que resultou em catástrofe na questão das práticas punitivas (apontando-se aqui para a prisão preventiva como sendo uma dessas práticas), “*pois criam-se condições para que a experimentação analítica produza uma verdade patológica que renova [...] a lógica inquisitória*”³⁰².

Talvez o que estaria por trás dessa “lógica” operante seria aquilo que Lenio Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam Trindade chamaram de “cartesianismo processual”³⁰³ – que seria algo como um imaginário presente na teoria processual que crê no modelo cartesiano como um produtor de certezas, devendo ser reproduzido em toda a instrução processual. Isso refletiria no fato de se aceitar a decisão prolatada pelo juízo pela confiança assegurada ao procedimento cartesiano produtor de certezas – e não com base da interpretação realizada pelo juiz e exposta ali no decisório. Mas há o subjetivismo operante nesse processo decisório –

³⁰⁰ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; ROSA, Alexandre Morais da. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 114-115.

³⁰¹ LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil – Volume II**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018. p. 140

³⁰² KHALED JR., Salah H. Cientificidade, positivismo jurídico e busca da verdade no processo penal. In. GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (orgs.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 244

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 18, n.1, p. 5-22, abri. 2013. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. doi:<<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p5-22>>.

decorrente do paradigma da subjetividade – que acarreta algumas consequências, dentre elas, a ideia de instrumentalidade do processo. Os reflexos se dão no sentido de que o processo acaba se vendo voltado previamente a um fim e, no caso do processo penal, os discursos que preenchem o teor dessa finalidade se dão no sentido de estabelecer justificativas que não àquelas que deveriam ser (garantias). Aí é que entram as ideias de “processo para defender a sociedade”, “processo duro para combater a impunidade” e correlatas.

No caso do discurso da ‘ordem pública’, isso é perceptível pelas significações dadas ao termo que não condizem com a finalidade do instrumento cautelar processual, o que acaba permitindo prender gente antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória. O problema de fundo, portanto, é que “*a grande questão é [...] a centralidade da jurisdição e o seu encaminhamento teleológico em direção à realização dos escopos jurídico, social e político acarretam um evidente protagonismo do juiz numa verdadeira ode ao subjetivismo*”³⁰⁴, ou seja, permite-se que o juiz diga o que bem entender acerca da ‘ordem pública’ no processo penal.

Ainda, nessa onda de adoção à precedentalização irrefletida, feita à brasileira³⁰⁵, há o risco de se “formalizar” aquilo que já ocorre diariamente nos fóruns e tribunais de todo o país, a saber, ampararem as decisões tomadas sobre a ‘ordem pública’ – quando presente ou não de que modo se justificaria – nas generalidades presentes em decisões anteriores tidas como “consolidadas”³⁰⁶.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “cartesianismo processual” em terras brasileiras: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 18, n.1, p. 5-22, abri. 2013. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p5-22>. p. 9

³⁰⁵ Lenio Streck e Georges Abboud, alertando para a leitura que se faz no Brasil sobre a questão dos precedentes, aduzem que “*é preciso estar atento, pois, ao perigoso ecletismo jurídico pelo qual passa o sistema jurídico brasileiro: busca a fórmula dos precedentes sem a correspondente obrigatoriedade da motivação/justificação*”. (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O Que é Isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 128)

³⁰⁶ Nesse sentido, a crítica perspicaz de Rosivaldo Toscano dos Santos Junior: “*Os pseudoprecedentes formam a pia moral onde o ator jurídico, envolto no senso comum da práxis jurídica, “lava as mãos”, transferindo suas responsabilidades funcionais, amparando-se à jurisprudência de tribunais superiores, relacionada a casos cujas especificidades (facticidades) são encobertas por uma pretensão de generalidade e abstração já há muito superadas na filosofia pela linguagem ontológico-linguística*”. (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 136). Como se observa, a práxis jurídica brasileira está bastante longe de se situar em qualquer âmbito de prática forense em que pode se falar que os precedentes existam e sejam aplicados em conformidade com a sua definição e estrutura. O “DNA” dos precedentes não faz parte daquilo que se faz deles no Judiciário brasileiro, ou seja, trata-se de uma outra coisa, pois “*o precedente é, por definição, a prática de decidir casos com base nas decisões*

Maurício Zanoide de Moraes aponta criticamente para a inexistência de qualquer limitação sistêmica para a ‘ordem pública’ enquanto expressão presente no artigo 312 do Código de Processo Penal que possibilita a decretação da prisão preventiva, servindo tal requisito como porta de entrada para as mais diversas subjetividades operantes que padecem que qualquer justificação constitucional. Nesse sentido, aduz o autor que

Devido à proposital porosidade de seu conteúdo e à falta de parâmetros internos ou externos, é por meio dela (ordem pública) que a doutrina e a jurisprudência, menos afeitas a toda extensão que se deve emprestar ao direito fundamental da presunção de inocência, desde a edição do código, já inseriam em seu conteúdo as seguintes justificativas: “gravidade da infração”; periculosidade do agente; forma de cometimento do crime; clamor público; entre outras. Todas, sem exceção, a princípio incompatíveis com aquele direito fundamental.³⁰⁷

A ‘ordem pública’ padece da ausência de qualquer elemento constitucional em sua constituição. E isso é um problema, pois “*a sociedade tem uma garantia: o respeito à Constituição. Ninguém está acima dela. Ela é o norte do regime democrático porque condiciona todos a um regramento único*”³⁰⁸. Trata-se, a ‘ordem pública’ de um jargão que é utilizado como argumento retórico para possibilitar a prisão preventiva naquelas hipóteses em que, legitimamente, ela não caberia, ou seja, o problema de sua abstração é que a ‘ordem pública’ se constitui “*como discurso apto a se adaptar pronta e facilmente a qualquer realidade política*”³⁰⁹.

A ‘ordem pública’, portanto, é uma espécie de mantra jurídico, na linha crítica explicada por Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled. Jr.:

O Direito está repleto de conceitos que desafiam as premissas mais básicas da racionalidade. Categorias que são alheias para com a realidade e, como tais, capacitam as práticas judiciárias para a destruição. São artefatos narrativos desprovidos de sentido, mas que perversamente demarcam o sentido, garantindo a continuidade da alienação nossa de cada dia.³¹⁰

tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 198).

³⁰⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 165

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 685

³⁰⁹ GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2018. p. 32

³¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 15

Não se observa qualquer significação condizente com o fim para o qual a prisão preventiva se destina. Ora, até poderia se considerar crível hipótese de se decretar a prisão preventiva de caso concreto no qual se apontasse e existisse um fundamento de natureza cautelar, no qual o risco para o próprio processo estivesse presente. Porém, não havendo qualquer leitura possível da ‘ordem pública’ enquanto hipótese que vise efetivamente assegurar a ordem do próprio processo, não se vislumbra como possível ou legítima a sua utilização, sendo arbitrária e descabida a prisão preventiva que é decretada com base em seu fundamento. Com razão, portanto, que André Peixoto vai dizer que “*a prisão preventiva no requisito único da preservação da ordem pública é inconsistente, senão um ultraje ao rigor das garantias fundamentais. Em escárnio. Um paradoxo. Uma aberração jurídica*”³¹¹.

Destacam-se aqui, então, as leituras, as significações, enfim, as respostas dadas ao “que é?” para a ‘ordem pública’ no processo penal – presentes na pesquisa doutrinária e jurisprudencial realizada e anteriores exposta. Além de se apontar para esses conceitos encontrados, demonstra-se por qual razão não podem se sustentar enquanto fundamentos legítimos aptos a se justificar a prisão processual de qualquer pessoa.

I - ‘Ordem pública’ a ser preservada enquanto necessidade de se garantir a integridade física do acusado³¹²: essa leitura soa desarrazoada. Fala-se em proteger o acusado utilizando-se do cárcere. Seria voltada para crimes em que a comoção social é tamanha que haveria o risco de linchamento do acusado, por exemplo. O Estado, assumindo a função de garante do indivíduo acusado da prática delituosa, a fim de protegê-lo, prende-o. Como se no sistema prisional fosse estar realmente protegido – e como se prender fosse sinônimo de proteção. Conceito altamente criticável, uma vez que “*encarcerar o réu como intuito de que seja protegida sua integridade física ou psíquica torna-se um argumento irracional*”³¹³.

³¹¹ SOUZA, André Peixoto de. **Inconsistência do conceito de “ordem pública” na prisão preventiva**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/ordem-publica-na-prisao-preventiva/>>. ISSN: 2446-8150. Acesso em: 26/11/2018

³¹² Definição mencionada pelo STF no HC 125370/SP.

³¹³ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 165

II - 'Ordem pública' e a necessidade da sua garantia a partir da gravidade do crime (concreta ou abstrata)³¹⁴: conforme aduz Thiago Minagé³¹⁵, a prisão preventiva que é decretada com base na gravidade em abstrato constitui uma triste realidade, em que pese inaceitável num processo penal que se pretenda democrático. Por mais que se tente fazer uma distinção entre "gravidade concreta" e "gravidade abstrata" do crime, apontando que o abstrato seria fundamento ilegítimo para a prisão processual e o concreto constituiria a motivação idônea, não se encontrou um critério coeso para tal distinção. Diz-se que é a partir de elementos presentes no processo, concretamente, que pode se dizer que o crime em questão seria de gravidade concreta. Mas foram vistas situações que o mesmo crime (tráfico de drogas, por exemplo) em contextos semelhantes (agentes primários, mas com quantidade de drogas apreendidas em número considerável) ora receberam a pecha de "graves em concreto" e ora em "graves em abstrato", ensejando ou não na manutenção da prisão que foi decretada sob tal justificativa. Por isso é que se aponta como insuficiente essa distinção. Além disso, "*a prisão cautelar por conta da extrema gravidade do fato expressa a realização imediata da ideia de retribuição que subverte, por inteiro, o princípio da instrumentalidade e da indefectibilidade do processo*"³¹⁶. Foge-se da finalidade do instrumento cautelar. Prende-se não para assegurar o andamento do processo, mas para se antecipar a pena ao indivíduo. Com, razão, portanto, Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira quando dizem que "*nenhuma prisão pode ser decretada com base no argumento da gravidade do crime, se a motivação vier desacompanhada de outro fundamento jurídico (art. 312 do CPP)*"³¹⁷.

III - 'Ordem pública' estabelecida a partir da periculosidade do agente³¹⁸: a dificuldade reside no estabelecimento daquilo que tornaria possível dizer ser o acusado perigoso. De que forma se atesta isso? Costumam ser apontados os

³¹⁴ Definição mencionada pelo STF nos julgados: HC 98217/MS, HC 97522/SP, HC 103536/MG, HC 102223/RJ, HC 110132/SP, entre outros.

³¹⁵ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 124

³¹⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Fundamentos Teóricos das Novas Hipóteses de Prisão Preventiva: análise da Emenda nº 9 ao Substitutivo do PLS nº 156. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição – volume 2**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 125

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 75-76

³¹⁸ Definição mencionada pelo STF nos julgados: HC 97077/RJ, HC 99560/CE, HC 101934/RS, HC 108794/RO, HC 109620/SP, entre outros.

antecedentes criminais³¹⁹ do indivíduo como fator que demonstraria a sua periculosidade. Também o *modus operandi*, quando se trata de um crime apontado como grave, é medida de uso para que se diga ser o indivíduo perigoso. Enfim, tem-se que para além da problemática de como se estabelece essa periculosidade – pois essa se dá pela subjetividade do julgador, o seu uso enquanto argumento para se prender preventivamente³²⁰ acaba por ferir a finalidade da prisão preventiva. Prender preventivamente o indivíduo por este ser perigoso não representa um uso adequado do instrumento. Puro direito penal do autor, ou ainda direito penal do inimigo – que aqui se estabelece a partir da antecipação da pena.

IV - ‘Ordem pública’ utilizada como fundamento de modo a se evitar a reiteração delituosa do agente³²¹: essa leitura da ‘ordem pública’ acaba sendo muitas vezes um desdobramento da periculosidade, uma vez que a partir de constatado o perigo do indivíduo estando solto, prende-se para evitar que continue a praticar crimes. A problemática também se faz presente aqui. Por mais que se tente estabelecer um critério de quando concretamente se pode constatar a possibilidade de reiteração delituosa, como faz o STF, fato é que em toda e qualquer decisão nesse sentido estará se fazendo uma conjectura a respeito do futuro. A partir de apontamentos na vida pregressa do indivíduo, procede-se um juízo indutivo acerca de sua conduta futura, dizendo-se que certamente praticará novos crimes. Mas mesmo quando se diz que isso é feito de maneira concreta, o problema permanece sendo o mesmo: como se aposta naquilo que o agente fará ou não no dia seguinte? Ora, *“a ideia de ordem pública possibilita a inclusão de análises subjetivas sobre a vida pregressa do réu, sua personalidade ou possibilidade de voltar a delinquir, o que não se relaciona*

³¹⁹ “[...] a periculosidade baseada nos maus antecedentes e na reincidência não pode servir de desestabilizador social ao servir de fundamento para a prisão preventiva, na medida em que penaliza somente determinada camada da população, usualmente rotulada como perigosa”. (ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 44/2003. jul-set/2003. p. 71-85)

³²⁰ “O discurso da periculosidade aparece também como base das medidas cautelares em geral [...]. São hipóteses em que também há um juízo de valor que identifica uma determinada periculosidade, mas desta vez realizado pelo magistrado ou tribunal julgador [...]. No caso da prisão preventiva, é autorizada uma privação da liberdade antes da sentença definitiva, com fundamento em um juízo que entende provável ou possível a prática, pelo acusado, de uma conduta indesejada (novos crimes ou de medidas que frustrariam o processo ou a execução penal) ou a ocorrência de um evento indesejado decorrente da lesão à ordem pública ou da ausência de seu restabelecimento” (SZESZ, André. **O Juízo de Periculosidade na Prisão Preventiva**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 48-49).

³²¹ Definição mencionada pelo STF nos julgados: HC 104459/ES, HC 100872/MG, HC 97579/MT, HC 106446/SP, HC 117023/ES, entre outros.

*propriamente com o fato que está sendo apreciado*³²². É dizer que por mais que isso fosse possível, permaneceria presente o problema que reside em toda e qualquer leitura da ‘ordem pública’, a saber, utiliza-se do instrumento para outro fim que não o de se proteger o próprio processo.

V - ‘Ordem pública’ como sinônimo de clamor público³²³ é trocar uma generalidade por outra. Diz-se quando um crime cometido abala a comunidade, causa comoção na sociedade, gera indignação, sensação de impunidade ou qualquer outro discurso retórico que convença pelas frases de efeito e apelativas que são utilizadas. A prisão preventiva não se presta para tal fim. Além disso não há sequer como apurar, fazendo qualquer tipo de prova, do tal abalo social, nem mesmo de que a prisão do indivíduo restauraria a paz social ao fazer cessar a intranquilidade do meio social gerada pelo crime. Na maioria das vezes se diz presente quando dos casos midiáticos, que ganham forte apelo especulativo diante das câmeras e microfones que são direcionados ao caso. Compele-se a prender preventivamente para dançar a música conforme ela é tocada – pela (i)lógica que permeia os crimes de grande repercussão midiática. A ‘ordem pública’ não se encaixa, nem de longe, numa leitura como essa. Macula-se o instituto da prisão preventiva quando se é utilizado diante do clamor social que o crime causa. Significação imprestável, portanto.

VI - ‘Ordem pública’ a ser assegurada como forma de restauração da credibilidade da justiça é também uma das leituras equivocadas que são feitas sobre as cautelares³²⁴. Também geralmente está presente nos casos de ganham repercussão, mas não apenas isso. Em um período em que o Judiciário está constantemente presente sob os holofotes, muitas vezes sob a pecha do descrédito, busca-se reafirmar a credibilidade da justiça ou das instituições. Fala-se assim como se o crédito pudesse ser reconquistado prendendo gente. O pior é que para alguns, esse argumento pode significar justamente isso. A euforia pela indignação do crime praticado é apaziguada quando o acusado pela prática do delito é preso no curso do inquérito ou do processo. Para se evitar a dita impunidade, prende-se o indivíduo.

³²² LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil – Volume II**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018. p. 131

³²³ Definição mencionada pelo STF nos julgados: HC 86748/RJ, HC 91741/PE, HC 100012/PE, HC 101055/GO, HC 93477/RJ, entre outros.

³²⁴ Definição mencionada pelo STF nos julgados: HC 99379/RS, HC 94404/SP, RHC 95906/BA, HC 92848/PR, HC 98776/SC, entre outros.

Assim se diz recuperar a credibilidade do Judiciário, das instituições, do Estado. O efeito disso é o grande (e mais um) equívoco em se confundir a finalidade das cautelares no processo penal. A prisão preventiva não se presta para o fim de gerar crédito para a justiça.

Nota-se que o conjunto desses significados inadvertidamente dados ao termo ‘ordem pública’ (restauração da credibilidade da justiça, necessidade de acautelamento do meio social, clamor público, gravidade do crime e afins) “*têm nitidamente funções de prevenção geral, o que não se pode admitir*”³²⁵. A finalidade da prisão processual, como já se disse, é diferente da finalidade da prisão pena. Não se pode confundir uma coisa com outra. O problema é que, pela análise do discurso presente nas decisões que algo dizem sobre a ‘ordem pública’, essa confusão se faz muitas vezes presente. Assim:

Seria a prisão, portanto, capaz de encorajar na sociedade a crença nas instituições jurídicas (prevenção geral positiva) e desencorajar a prática de futuros crimes, através de intimidação (prevenção geral negativa). O que a caracteriza como medida cautelar é sua urgência – demanda de que a reação estatal ao crime seja imediata, sob pena de “desordem pública” (aumento da violência e descrédito no judiciário).³²⁶

O caminho trilhado até então, tanto pela jurisdição como por parcela da doutrina, acerca da ‘ordem pública’, é preocupante. A falha se faz presente, uma vez que muito se confunde sobre a função das cautelares processuais penais. É preciso mudar o entendimento sobre o tema.

O problema é que não se quer mudar, mesmo se estando ciente do engodo. A permanência da ‘ordem pública’ enquanto fundamento para a prisão preventiva “*é conveniente para a manutenção e ampliação dos poderes discricionários do julgador, no viés punitivista [...], através de uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado*”³²⁷.

³²⁵ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 44/2003. jul-set/2003. p. 71-85.

³²⁶ SZESZ, André. **O Juízo de Periculosidade na Prisão Preventiva**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 64

³²⁷ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 79

Daí a necessidade de serem afastadas quaisquer tentativas de subjetivismos³²⁸ desenfreados operantes na jurisdição penal que se pretendam dizer, a partir do eu individual do juiz³²⁹, o que é ou o que significa um dado conceito impreciso como é o caso da ‘ordem pública’.

A ‘ordem pública’ do processo penal não se sustenta sob a égide constitucional atual. Não há qualquer significado possível que se dê ao termo que possibilite o seu uso como fundamento para se prender gente. Assim, não se vislumbra alternativa possível que não se proceder conforme duas possibilidades: ou se edita, via legislativo, norma processual³³⁰, como ocorre no processo penal chileno³³¹, por exemplo, em que sejam delimitadas, concretamente, as hipóteses de uso e aplicação do requisito da ‘ordem pública’ como fundamento para a prisão preventiva (e desde que de acordo com a finalidade desse instrumento cautelar processual), ou se reconhece a inaplicabilidade (por sua inconstitucionalidade ou invalidade) do termo ‘ordem pública’ presente no artigo 312 do Código de Processo Penal.

³²⁸ Nesse sentido, Thiago Minagé constata que “*infelizmente, a utilização de subjetivismos na decretação de medidas privativas de liberdade é algo comum na prática forense do Poder Judiciário brasileiro, como um todo, algo que tem se tornado regra*” (MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 124).

³²⁹ “*A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado*” (STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – decido conforme minha consciência?** 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 117).

³³⁰ Nesse sentido defendem Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos que “*em razão da dificuldade em exercer interpretação conforme a Constituição do referido termo, haja vista que o Judiciário o aciona com constância, torna-se imperativa, sob pena da omissão implicar inconstitucionalidade material da norma, a mudança legislativa baseada em critério somatório de bem jurídico relevantíssimo, grave ofensa e risco de reiteração delitiva*” (PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329)

³³¹ Retomando o já mencionado exemplo chileno, explica Romiseire Ventura Leite de que modo isso se dá no referido país: “*Como tentativa de delimitar o conceito de segurança social, que equivale à ordem pública do Código de Processo Penal brasileiro, as legislações do Chile e da Colômbia estabelecem alguns norteadamentos. Nesse sentido, no Chile se elegem parâmetros como a gravidade da pena prevista para o delito, a quantidade de delitos imputados e a natureza dos mesmos, a existência de processos pendentes, condenação anterior por delito com pena igual ou superior, bem como o fato de o agente se encontrar sujeito a alguma medida cautelar pessoal ou gozando de benefício legal*” (LEITE, Rosimeire Ventura. *A ordem pública como fundamento da prisão preventiva*. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil – Volume II**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018. p. 131).

No caso da previsão normativa, possivelmente o problema permaneceria, pois estar-se-ia a apostar na suficiência do texto para ser resolver o problema³³². No caso de se entender aplicável o conceito da ‘ordem pública’, ver-se-ia como justa e legítima a sua aplicação tão somente em hipóteses nas quais o caráter da medida cautelar (o fim ao qual se destina) estivesse realmente presente, ou seja, “lendo-se” a ‘ordem pública’ como algo vinculado ao asseguramento do bom andamento do próprio processo. Isso diante do fato de que “*a norma decisória não existe por si só porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há norma em abstrato, ou seja, ela nunca é ante casum*”³³³.

O problema é de base, podendo se dizer que é cultural. Não seria uma previsão normativa que resolveria o grande problema que reside por trás do encarceramento preventivo massivo. Mas é assim que continua se apostando. Talvez até porque se reduziria em algum nível o problema. De qualquer forma, sendo acertada ou não uma aposta na previsão normativa para tratar da problemática, a menção à Warat aqui se faz necessária para pensar o problema (de base):

[...] os juristas têm uma compreensão heterônoma das significações do Direito, como fundamento da instituição imaginária das significações do Direito na sociedade. [...] os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas, os professores das escolas de Direito (os construtores das significações jurídicas), forjam uma realidade imaginária (colocada na perspectiva do senso comum) que fazem prevalecer com naturalismo um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito. Uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica, mágica (no sentido freudiano), capturadora, extravagante, mas que resulta imprescindível para própria configuração do Direito na sociedade. A interpretação da lei seria impossível se os juristas decidissem sair da realidade mágica por eles mesmos instaurada. Como poderia interpretar-se a lei deixando de acreditar no efeito mágico de juízes imbuídos do atributo da neutralidade?³³⁴

³³² A crítica de Warat, sobre esse ponto, é devida e necessária. Dizia o autor que “*existe uma ilusão de univocidade fornecida pela inalterabilidade da instância sintática dos textos legais. Por desconhecer tal fato, produz-se no direito uma febre legislativa, decorrente da falsa crença de que produzindo-se uma alteração nas palavras da lei, transforma-se mecanicamente as práticas sociais e os sentidos normativos. Ocultam, assim, o fato de que a ideologia dos intérpretes nas normas continua inalterada, a transformação legislativa é uma ilusão e, rapidamente, os novos significantes voltarão a adquirir as velhas significações. A univocidade significativa pressupõe sempre uma previa coincidência ideológica. A crença na univocidade normativa não é fruto da ignorância ou da ingenuidade. A inalterabilidade dos significantes é o que permite sustentar o ideal de uma norma jurídica racional, como uma das principais condições asseguradoras dos efeitos sociais na lei da sociedade*”. (WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1995. p. 68)

³³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 290

³³⁴ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1995. p. 119-120

Enfim, o que se tem, diante de todo o visto, é que “o conceito de “ordem pública, cuja garantia é uma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, prevista em lei, é, na verdade, um conceito vazio e ambíguo [...], que deve ser ignorado, pois dá grande margem à insegurança jurídica”³³⁵. Não se observa, assim, salvação para o termo, pois já nasceu viciado, é aplicado inadequadamente e produz efeitos que ferem o bom direito processual penal. Não possui validade, em que pese siga produzindo os seus efeitos.

³³⁵ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 44/2003. jul-set/2003. p. 71-85.

CONCLUSÃO

A 'ordem pública', no melhor estilo de Tim Maia, é o "vale tudo" no processo penal brasileiro. Pode-se tudo, pois tudo é dito sobre o conceito - que é e ao mesmo tempo não é.

Pelo trilhar conduzido no presente trabalho, conclui-se no sentido de se confirmar a hipótese: a 'ordem pública' não é um fundamento legítimo para se prender alguém cautelarmente.

Num primeiro momento, foram estabelecidas as premissas que fundamentam o processo penal brasileiro, o qual deve ser analisado e compreendido a partir da ótica constitucional vigente. Os problemas são muitos, dentre os quais o fato de o Código de Processo Penal ser datado de 1941 e a Constituição Federal de 1988. Mesmo após diversas reformas pontuais sofridas, o código processual penal brasileiro ainda não passou por uma filtragem devida e necessária, permanecendo ancorado naquele mesmo ranço inquisitorial no qual foi estabelecido. A própria 'ordem pública' foi criada nesse contexto, resultando nas diversas problemáticas aqui observadas. Ainda assim, há toda uma principiologia que erige o sistema das medidas cautelares no processo penal, aí estando a prisão preventiva – a mais grave das medidas, uma vez que tolhe totalmente a liberdade do indivíduo. Esses critérios de base devem ser observados, pois é a partir deles que é definida a finalidade de toda e qualquer medida cautelar processual penal, a saber, podem e devem ser utilizadas as medidas, inclusive a prisão preventiva, quando necessárias para se assegurar a regularidade do processo. Qualquer alternativa de uso das medidas fora dessa possibilidade não estará em sintonia com o que se espera de um processo penal democrático e garantidor de direitos do indivíduo.

Viu-se então o que alguns autores do processo penal dizem a respeito da 'ordem pública', a fim de se ter um apanhado daquilo que a academia aborda sobre o tema. Por ter se optado por alguns dentre outros livros de processo penal mais utilizados na academia, obteve-se um panorama geral daquilo a que a maioria dos juristas têm acesso ao se estudar a questão da 'ordem pública'. Com isso, foi possível observar que não há um consenso doutrinário a respeito da 'ordem pública', tendo aqui se dividido em três diferentes abordagens doutrinárias ao considerar as diferentes perspectivas nos diferentes autores trabalhados: as abordagens críticas, que refutam por completo a possibilidade do uso da 'ordem pública' no processo penal;

as abordagens crítico-moderadas, que entendem pela possibilidade de se prender processualmente para a 'garantia da ordem pública' apenas em certos casos e determinadas situações; as abordagens que meramente reproduzem decisões dos tribunais ou ampliam o conceito de 'ordem pública' ao permitirem a sua utilização de forma mais extensa. Enfim, não se encontrou na doutrina um consenso acerca da 'ordem pública'.

Num segundo momento, pesquisou-se o que é dito sobre a 'ordem pública' pela jurisdição. Ao se analisar uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal em que o tema foi enfrentado, constatou-se problema semelhante àquele observado na doutrina: não há um consenso em concreto sobre o que é a 'ordem pública'.

Por mais que o STF possua um entendimento consolidado sobre o tema, o problema ainda permanece em pelo menos duas vertentes: a uma, que mesmo quando O Supremo Tribunal Federal afasta prisões processuais inidôneas, assim entendidas enquanto aquelas que não encontram amparo na jurisprudência do próprio Supremo, o fato é que essas decisões continuam sendo prolatadas constantemente pelos juízos de todo o país, pois é de onde "sobem" (de todos os cantos do Brasil) ao STF as discussões travadas em torno da 'ordem pública' como fundamento da prisão preventiva; a duas, ao considerar que as hipóteses em que o STF entende possível se prender alguém sob o fundamento da 'garantia da ordem pública' estão em desacordo com a finalidade do instrumento cautelar processual penal, pois são entendidas como possíveis hipóteses de prisões processuais, sob o manto da 'ordem pública' que se situam num contexto da prisão pena e não da prisão processual, de modo que são permissões inidôneas aquelas consolidadas pela Corte.

Além disso, evidenciou-se que a retórica muitas vezes está presente nas decisões do STF, com o fito de se convencer, através dos argumentos presentes nos votos, que os seus entendimentos estão devidamente amparados em aspectos jurídicos, quando em verdade, muitas das vezes, as justificativas são extrajurídicas e extraprocessuais, legitimando o ilegítimo uso da 'ordem pública'. Importante ainda mencionar que a base para as decisões são decisões anteriores da própria Corte, ou seja, os fundamentos são constituídos por fundamentos que o próprio Supremo Tribunal Federal cria.

Dois “testes” ainda foram feitos para com a ‘ordem pública’, a fim de pôr em exercício a possibilidade de seu sustento a partir de duas teorias diferentes entre si. Um deles foi a proposta do “romance em cadeia” de Dworkin, onde se analisou se estariam presentes a integridade e a coerência ínsitas da teoria dworkiniana nas decisões analisadas do Supremo Tribunal Federal, de modo que ficou constatado que a coerência se faz presente em certa medida quando a Corte costuma sempre invocar as próprias decisões passadas para justificar um entendimento único e consolidado. Porém, há alguns desvios nesse trajeto sem que se tenha feito qualquer justificativa sólida para tanto, afetando algumas vezes a ideia da coerência. No caso da integridade, tal aspecto não se viu presente diante do fato de que o entendimento do STF acerca da ‘ordem pública’ não condiz com a finalidade da prisão cautelar, razão pela qual o exercício jurisdicional para com relação a ‘ordem pública’ reprovou nesse teste.

A segunda proposta de análise se deu para com o garantismo de Ferrajoli, onde após se estabelecerem as premissas dessa teoria, verificou-se que, de igual modo, a ‘ordem pública’ é barrada de imediato em sua tentativa de significar algo que possibilite a prisão preventiva de alguém a partir de seu próprio fundamento. A filtragem garantista é precisa demais para que se permita passar um termo tão amplo, genérico e abstrato como é o caso da ‘ordem pública’. Mais um teste em que o conceito reprovou.

Por fim, foram resumidas as principais significações dadas à ‘ordem pública’, tanto pela jurisprudência como pela doutrina, refutando-as todas, pois nenhuma das respostas encontradas está de acordo com o fim a que se destina a prisão preventiva.

As leituras feitas sobre a ‘ordem pública’ não prestam na ótica de um processo justo, igualitário e que garanta os direitos do indivíduo. Sob a égide constitucional, na qual se preza pela liberdade individual, respeita-se a presunção de inocência e se efetiva a todo e qualquer cidadão os seus direitos e garantias, de modo que, nesse contexto, a ‘ordem pública’ não sobrevive. Sequer deveria respirar, pois já nasceu viciada. Porém, segue sendo usada, aplicada e produzindo seus efeitos que insuflam o sistema prisional. O resultado drástico desse (mal) uso da ‘ordem pública’ pode ser observado no cárcere.

Os significados atribuídos ao termo dizem respeito a qualquer coisa, menos aos fins cautelares processuais a que uma prisão nesse contexto se destina. Prisão preventiva para a 'garantia da ordem pública' pela periculosidade do agente, pela possibilidade de reiteração delitiva, pela gravidade (abstrata ou concreta, pois no final acabam sendo a mesma coisa) do crime, pelo clamor social, pela necessidade de se restaurar a ordem, para se efetivar a credibilidade das instituições, para se assegurar a integridade física do acusado ou para qualquer outro fim que se observa sendo dito pela doutrina e pela jurisprudência, constitui motivo inidôneo para se prender alguém, merecendo o mais amplo rechaço. Se a lógica (in)operante nesse viés permite se prender alguém preventivamente por ser perigoso ou pelo risco que apresenta à sociedade estando solto, a existência de um inquérito ou processo se trata de uma mera justificativa hipócrita para se tirar das ruas aquilo que se entende como incômodo para a sociedade. Por esse pensar, ao Estado seria autorizado o recolhimento de pessoas perigosas das ruas a fim de proteger a sociedade independentemente da existência de um processo. É justamente o que acontece quando se prende alguém preventivamente com o fundamento da 'ordem pública'. Juízo antecipado de pena e nada além disso. Antecipação concreta do reconhecimento da autoria em sede de cognição sumária. Essa é a realidade nua e crua da 'ordem pública' no processo penal. O resto são subterfúgios retóricos dos quais se utiliza para se convencer que a decisão é justa, devida e fundamentada. A coisa toda acaba sendo puro engodo.

Impunidade é a palavra de ordem que se utiliza muitas vezes para justificar a prisão de pessoas no curso do processo. Dá-se à sociedade a sensação de resolução do problema através do uso da prisão preventiva para a 'garantia da ordem pública'. Prendendo-se, o Estado estaria cumprindo o seu papel de proteger a sociedade e combater a criminalidade. Esse é o discurso operante do sistema, o qual acaba maculando as bases democráticas de um processo penal justo, igualitário e substancialmente constitucional.

A 'ordem pública' não possui qualquer grau de legitimidade no processo penal. Falha em todos os testes possíveis para se tentar tornar válida ou possível a sua aplicação. Não há espaço democrático para a 'ordem pública' no processo penal brasileiro, devendo ser fadada à inaplicabilidade diante de tudo o que aqui se expôs.

A 'ordem pública' nada é, portanto, tudo pode ser. Em podendo tudo ser, significa que é um nada. A 'ordem pública' como eterno retorno!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 44/2003. jul-set/2003. p. 71-85.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BAGGIO, Andreza Cristina; PONTAROLLI, André Luís. Repercussões do Novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal: fundamentação das decisões. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. ISSN: 2525-9814, Salvador, v. 4, n. 1, p. 37-52. Jan/Jun 2018

BALDUS, Christian. Delimitação de fronteiras e definição de métodos: disciplinas fundamentais na formação jurídica e funções da História da Dogmática Jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. ISSN: 0104- 6594, Porto Alegre: UFRS - Edição Especial, dez. 2007. p. 124-140

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAZZANELLA, Sandro Luiz; CANI, Luiz Eduardo. **Desenhando e esquematizando o contraditório**. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/desenhando-e-esquematizando-o-contraditorio>>. ISSN: 2526-0456. Acesso em: 09/12/2018

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 15 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>

BERCLAZ, Márcio Soares. O Papel dos “Sujeitos Processuais” no Processo Penal: quando a mudança não depende só de um novo código, mas da cultura e consciência da sociedade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.) **Mentalidade Inquisitória e Processo**

Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – volume 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA: DECISÃO FUNDAMENTADA NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA: ELEMENTOS CONCRETOS E COMPROVADOS NOS AUTOS. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 90.726/MG.** Dorvalino Antônio de Oliveira, Ricardo Silveira Ferreira de Mello e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DJE 17/08/2007– Ata n.º 37/2007, divulgado em 24/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Processual Penal. Impetração contra decisão que decretou prisão preventiva. Superveniência de sentença de pronúncia. Fundamentos desta somados aos do decreto originário. Precedentes da Corte. Habeas corpus denegado. **Habeas Corpus 92.344/DF.** Fernando Marques Róbias e outro, José Pedro e Castro Barreto e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Menezes Direito. DJE 01/02/2008– Ata n.º 1/2007. DJE n.º 18, divulgado em 31/01/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691. SUPERAÇÃO DO VERBETE. PRISÃO PREVENTIVA DE ESTRANGEIRO. CUSTÓDIA DECRETADA PARA A GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS SUPERADOS. TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. LIBERTAÇÃO DE OUTRO PRESO EM SITUAÇÃO IDÊNTICA. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 93.134/SP.** Luc Marc Dépensaz, Eduardo Pizarro Carnelós e outro e Relator do Habeas Corpus n.º 95.558 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 29/02/2008 – Ata n.º 5/2008. DJE n.º 36, divulgado em 28/02/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS.* PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO CRIME. INIDONEIDA. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS AO DECRETO DE PRISÃO PELO

ÓRGÃO AD QUEM. INADMISSIBILIDADE. **Habeas Corpus 93.114-6/SP**. Jeferson Luiz Virgílio, Miguel Viana Santos Neto e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. DJE 18/04/2008 – Ata n.º 11/2008. DJE n.º 70, divulgado em 17/04/2008.

BRASIL . Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO MULTIPLAMENTE FUNDAMENTADO: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA; CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL; NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL; GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. IDONEIDADE DOS FUNDAMENTOS. LASTRO FACTUAL IDÔNEO A JUSTIFICAR A CONSTRIÇÃO CAUTELAR DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 91.285/SP**. Clévio Fernando Degaspari, Cezar Roberto Bittencourt e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJE 25/04/2008– Ata n.º 12/2008. DJE n.º 74, divulgado em 24/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Penal e processual penal. Crime de extorsão mediante seqüestro. Prisão temporária convertida em preventiva. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal (art. 312 do CPP). Acórdão da Corte Superior que não conheceu da impetração no tocante a um dos pacientes. Supressão de instância inadmitida. Excesso de prazo não configurado. Complexidade da causa. Quatorze acusados. Encerramento da instrução criminal. Precedentes. Ordem parcialmente conhecida e denegada. Precedentes. **Habeas Corpus 95.000/SP**. Juciara Ferreira Pires Ramose outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Menezes Direito. DJE 13/02/2009– Ata n.º 2/2009. DJE n.º 30, divulgado em 12/02/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CONTINUIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA. CONHECIMENTO PARCIAL DA IMPETRAÇÃO. CONCESSÃO NA PARTE CONHECIDA. **Habeas Corpus 88.877/PR** José Carlos da Costa, Alessandro Silverio e outros e relator do HC n.º 58303 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 27/06/2008 – Ata n.º 21/2009. DJE n.º 117, divulgado em 26/06/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SUPERAÇÃO DAS RAZÕES FÁTICAS. EXCESSO DE PRAZO NÃO ATRIBUÍVEL À DEFESA. GRAVIDADE DO CRIME E CONDIÇÃO DE POLICIAL DO PACIENTE. INIDONEIDADE PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, OCUPAÇÃO LÍCITA E RESIDÊNCIA FIXA. **Habeas Corpus 93.639/RJ**. Ovídio Lorenzo Quintas, Carlos Eduardo Machado e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. DJE 14/08/2009 – Ata n.º 23/2009. DJE n.º 152, divulgado em 13/08/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS AUTORIZADORES. DEMONSTRAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO DA CUSTÓDIA. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. **Habeas Corpus 95.119/SP**. Everton Dassiê, Paulo Marzola Neto e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 29/10/2009– Ata n.º 34/2009. DJE n.º 204, divulgado em 28/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR QUE, NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO. PREJUÍZO DO PRESENTE *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. DECISÃO LASTREADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. *HABEAS CORPUS* PREJUDICADO. **Habeas Corpus 98.084/MG**. Ana Carolina Domingues Martin ou Ana Carolina Dominguez Martin, Paulo César Oliveira do Carmo e outro e relatora do habeas corpus n.º 93.506 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 27/11/2009– Ata n.º 38/2009. DJE n.º 223, divulgado em 26/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante. Manutenção. Art. 44 da Lei nº 11.343/06. Insuficiência. Incidência do art. 310 do CPP. Superveniência de sentença condenatória. Negativa de apelação em

liberdade fundada na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. Ordem concedida de ofício. **Habeas Corpus 101.055/GO.** Sidiney Alves de Alencar, Elismárcio de Oliveira Machado e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Pelusoo. DJE 18/12/2009 – Ata n.º 41/2009. DJE n.º 237, divulgado em 17/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E BASEADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. PRECEDENTES. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE DO CRIME E NO CLAMOR PÚBLICO. INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE A JUSTIFIQUEM. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESSA PARTE, CONCEDIDA. **Habeas Corpus 100.012/PE.** Francisco de Souza Cavalcanti, Jorge Wellington Lima de Matos e outro, José Júlio dos Reis e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 26/02/2010 – Ata n.º 4/2010. DJE n.º 35, divulgado em 25/02/2010.

BRASIL . Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE BASE FÁTICA. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691-STF. **Habeas Corpus 101.007/MG.** Agostinho Ângelo Buogo, Cláudio Júlio Fontoura e relator do HC n.º 148.181 e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. DJE 07/05/2010 – Ata n.º 13/2010. DJE n.º 81, divulgado em 06/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DENÚNCIA. REQUISITOS. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. POTENCIALIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECRETO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 99.801/RJ.** Guilherme da Silva Leite Junior, Paulo Roberto de Avelar Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJE 25/10/2010– Ata n.º 34/2010. DJE n.º 204, divulgado em 22/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 2. Acórdão formalizado em sede de apelação. Omissão quanto à manutenção das prisões cautelares. Irrelevância. Segregações cautelares devidamente fundamentadas na garantia da ordem pública. 3. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada. **Habeas Corpus 104.512/RN**. Giuseppe Ammirabile ou Giuseppe Ammirabile e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 01/02/2011– Ata n.º 1/2011. DJE n.º 20, divulgado em 01/01/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Processual penal. Associação para o tráfico. Prisão preventiva. Superveniência de sentença penal condenatória. Segregação mantida por novo fundamento. Novo título prisional. *Habeas corpus* prejudicado. Manutenção da prisão fundado na gravidade abstrata do delito e na presunção de fuga do paciente. Inadmissibilidade. *Habeas* concedido de ofício. **Habeas Corpus 103.536/MG**. Maicon Rafael Vieira Ribeiro, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE 22/03/2011 – Ata n.º 34/2011. DJE n.º 53, divulgado em 21/03/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL. PRISÃO CAUTELAR, NA MODALIDADE PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL INSUFICIENTE PARA PREENCHER O CONTEÚDO MÍNIMO DA GARANTIA QUE SE LÊ NO INCISO IX DO ART. 93 DA CF. FUNDAMENTOS VAGOS, RETÓRICOS E REFUGADOS PELA AMPLA JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 105.879/PE**. Luciano da Silva Arimatéa ou Luciano da Silva Arimatéia e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJE 24/08/2011 – Ata n.º 120/2011. DJE n.º 162, divulgado em 23/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO DE PRONÚNCIA E JULGAMENTO NO TRIBUNAL DO JÚRI SUPERVENIENTES À IMPETRAÇÃO. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA A PRISÃO CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 108.431/PE**. Roberto Fernandes da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Cármen Lúcia. DJE 20/10/2011 – Ata n.º 159/2011. DJE n.º 202, divulgado em 19/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. LEGITIMIDADE. PRISÃO POR GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS DO PACIENTE NÃO OBSTAM A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. WRIT DENEGADO. **Habeas Corpus 108.091/MS**. José Vanildo da Silva, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 19/12/2011– Ata n.º 196/2011. DJE n.º 239, divulgado em 16/12/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INVALIDADE DOS FUNDAMENTOS LANÇADOS PELO MAGISTRADO. ILEGALIDADE EVIDENTE. SÚMULA 691/STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. **Habeas Corpus 108.508/SC**. Jardel Pereira Della Giustina, Lauro Boeing Junior e relator do HC n.º 205.755 no Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. DJE 01/02/2012 – Ata n.º 1/2012. DJE n.º 22, divulgado em 31/01/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Processual penal. Homicídio. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva. Não ocorrência. Fundamentação idônea. Gravidade concreta demonstrada pelo modus operandi da conduta delituosa. Periculosidade do paciente. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Precedentes. **Habeas Corpus 109.879/PE**. Luan Filipi Silva de Moura, Rodrigo de As Queiroga e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffolo. DJE 28/02/2012– Ata n.º 18/2012. DJE n.º 41, divulgado em 27/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas corpus. Motim de presos, sequestro e cárcere privado, em concurso material (Arts. 148 e 354, c/c art. 69, todos do Código Penal). Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Necessidade evidenciada pela periculosidade in concreto do paciente, revelada pelo modus operandi. **Habeas Corpus 108.145/SP**. Jorge Benedito dos Santos, Egmar Guedes da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE 19/06/2012– Ata n.º 93/2012. DJE n.º 119, divulgado em 18/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Habeas corpus. 2. Homicídio duplamente qualificado e estupro. 3. Prisão preventiva. Manutenção da custódia na sentença penal condenatória. 4. Necessidade da segregação para garantir a ordem pública. 5. Constrangimento ilegal não caracterizado. 6. Ordem denegada. **Habeas Corpus 112.209/SP**. Silvio da Silva Maciel, Ana Lúcia Carlos Pereira e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 14/09/2012– Ata n.º 133/2012. DJE n.º 181, divulgado em 13/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. RISCO À ORDEM PÚBLICA NÃO CARACTERIZADO. **Habeas Corpus 104.868/RS**. Diogo Debacco Perini, Werner Cantalício João Becker e outro e relatora do RESP n.º 1164202 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJE 08/11/2012 – Ata n.º 169/2012. DJE n.º 220, divulgado em 07/11/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SÚMULA 691. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA. RISCO À ORDEM PÚBLICA NÃO DEMONSTRADO. MEDIDAS CAUTELARES. **Habeas Corpus 112.766/SP**. Leonardo Gomes Silva, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e relator do HC n.º231.972 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Rosa Weber. DJE 07/12/2012 – Ata n.º 189/2012. DJE n.º 240, divulgado em 06/12/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. PACIENTE ACUSADA DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA O TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 115.930/MG**. Sueli Rodrigues de Lima Guimarães, Antônio Marcos do Amaral e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 10/06/2013– Ata n.º 85/2013. DJE n.º 108, divulgado em 07/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Duplo homicídio qualificado pelo emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima e lesão corporal - art. 121, § 2º, IV (duas vezes) e art. 129 (duas vezes) c/c art. 70, todos do CP. 3. Prisão preventiva. Necessidade de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal. 4. Gravidade demonstrada pelo modus operandi. Periculosidade do acusado. Concreta probabilidade de reiteração delitiva. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 5. Recurso ao qual se nega provimento. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 116.700/DF**. Rodrigo Artur da Fonseca Dourado de Azevedo ou Rodrigo Artur da Fonseca Dourado Azevedo, Genival Veloso de França Filho e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 03/02/2014– Ata n.º 1/2014. DJE n.º 22, divulgado em 31/01/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). Conversão da prisão em flagrante em preventiva. 3. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar. Constrangimento ilegal configurado. Superação da Súmula 691. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares (art. 319 do CPP). 5. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar. **Habeas Corpus 115.051/SP**. Eliel Marchesin da Silva, Rafael da Silva Stogar e relator do HC n.º 252.305 mdo Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 13/02/2014 – Ata n.º 9/2014. DJE n.º 30, divulgado em 12/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTE (“MACONHA”). INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. PRISÃO EMBASADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. **Habeas Corpus 115.434/SP**. Antonio Marcos Lopes Rodrigues, Antonio Donato e juíza de direito da 1ª vara criminal da comcar de Sertãozinho, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJE 14/02/2014 – Ata n.º 10/2014. DJE n.º 31, divulgado em 13/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS RECEBIDO COMO IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. PENAL. SUPOSTA QUADRILHA ARMADA ESPECIALIZADA EM ROUBO DE CARGAS E DE VEÍCULOS. DELITOS DE HOMICÍDIO TENTADO CONTRA POLICIAIS RODOVIÁRIOS. LEGITIMIDADE

DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.617/AL.** José Cícero da Silva e outro, Defensor Público-Geral Federal e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 13/08/2014– Ata n.º 105/2014. DJE n.º 155, divulgado em 12/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE FURTO SIMPLES (ART. 155 DO CP). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MEDIDA CAUTELAR DESPROPORCIONAL. ÓBICE DO ART. 313, I, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 123.863/RN.** Paulo Barbosa da Silva, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJE 22/10/2014 – Ata n.º 155/2014. DJE n.º 208, divulgado em 21/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Homicídio simples tentado (art. 121, caput, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal). 3. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar. Constrangimento ilegal configurado. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 5. Paciente preso há mais de 3 anos e 4 meses. Não encerramento da fase inaugural do rito bifásico do Júri. Excesso de prazo configurado. 6. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, se por algum outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP. **Habeas Corpus 123.586/PA.** Ednelson Pantoja da Costa, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 16/12/2014 – Ata n.º 192/2014. DJE n.º 246, divulgado em 15/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO MANTIDA PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 123.304/MS.** Josué Silva de Arruda, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo

Lewandowski. DJE 19/12/2014– Ata n.º 195/2014. DJE n.º 250, divulgado em 18/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Prisão preventiva. 4. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). 5. Demonstrada a necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. **Habeas Corpus 129.597/MG**. Diogo de Oliveira Pinto, Matheus Lopes Santos e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 11/09/2015– Ata n.º 128/2015. DJE n.º 180, divulgado em 10/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM. **Habeas Corpus 129.554/SP**. Cleyton Araújo Faria e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJE 15/10/2015 – Ata n.º 151/2015. DJE n.º 206, divulgado em 14/10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Latrocínio tentado. Condenação. 3. Alegação de ausência dos requisitos da prisão preventiva. 4. A jurisprudência desta Corte considera idônea a segregação decretada para resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do crime. 5. Ainda, permanecendo o paciente custodiado durante toda a instrução criminal, tendo o Juízo de primeiro grau entendido por sua manutenção no cárcere, em razão da presença dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, não deve ser revogada a prisão cautelar se, após a sentença condenatória, não houve alteração fática apta a autorizar-lhe a devolução do status libertatis. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. **Habeas Corpus 130.458/RS**. Edson Andrade dos Santos, Diogo Jardel Boff e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 07/12/2015– Ata n.º 186/2015. DJE n.º 246, divulgado em 04/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO

PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. **Habeas Corpus 130.723/SP**. Josiane da Paz Mariano, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e relator do HC n.º 335.257 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJE 14/12/2015 – Ata n.º 190/2015. DJE n.º 250, divulgado em 11/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33, caput, e 35 da Lei n. 11.343/2006). 3. Prisão preventiva. Necessidade da custódia cautelar para garantir a ordem pública. 3.1. Gravidade concreta do delito: grande quantidade de droga apreendida (4,24 kg de cocaína). 3.2. Acusado que responde a outra ação penal no mesmo juízo processante, também por crime de tráfico (real possibilidade de reiteração delitiva). 3.3. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 4. Alegação de excesso de prazo na formação da culpa. 4.1. Pluralidade de réus e expedição de carta precatória para oitiva de testemunha. Demora justificada. 5. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada, com recomendação de celeridade no julgamento da ação penal. **Habeas Corpus 133.056/CE**. José Orlando Serafim da Silva, Washington Luis Terceiro Vieira Junior e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE 24/06/2016 – Ata n.º 98/2016. DJE n.º 132, divulgado em 23/06/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 135.250/SP**. Denis Gabriel da Silva, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJE 29/09/2016 – Ata n.º 145/2016. DJE n.º 208, divulgado em 28/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ILEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. TERATOLOGIA DA DECISÃO FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 136.784/SP**. Jonatas Rodrigues Martins, Cícero Salum do Amaral Lincoln e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo

Lewandowski. DJE 06/12/2016 – Ata n.º 188/2016. DJE n.º 259, divulgado em 05/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE ROUBO MAJORADO. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 138.120/MG**. Luciano Pedro Gomes, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 16/12/2016– Ata n.º 195/2016. DJE n.º 267, divulgado em 15/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal_ H A B E A S CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO NÃO ABSOLUTO EM FACE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 139.691/MG**. Jonas Fernandes Pereira, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 13/03/2017– Ata n.º 27/2017. DJE n.º 47, divulgado em 10/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus originário. Tráfico e Associação para o tráfico. Prisão em flagrante. Quantidade inexpressiva de droga. Ordem concedida. **Habeas Corpus 128.566/MG**. Mauro José Marciano, Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE 05/05/2017 – Ata n.º 61/2017. DJE n.º 93, divulgado em 04/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal_ H A B E A S CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. EXTENSO ROL DE REGISTROS CRIMINAIS NÃO TRANSITADOS EM JULGADO. PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA. **Habeas Corpus 141.152/CE**. Claudio Orestes Pesqueira Monteiro, Dyego Lima Rios e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. DJE 02/06/2017– Ata n.º 81/2017. DJE n.º 116, divulgado em 01/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: QUANDO HOVER PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIO SUFICIENTE DE AUTORIA, 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. CESSAÇÃO DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM CONCEDIDA. **Habeas Corpus 143.034/MG**. Juliana Campos Carvalho Schettino, Eugênio Pacelli de Oliveira e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 27/06/2017 – Ata n.º 971/2017. DJE n.º 140, divulgado em 26/06/2017.

BRETAS, Adriano. **Apontamentos de Processo Penal**. 1ª Ed. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2017.

CAIXETA, Rodrigo de Paula Garcia. **Estado de Exceção Cautelar: o elo de Jakobs e Dinamarco no trato punitivo da “garantia da ordem pública”**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/estado-de-excecao-cautelar-o-elo-de-jakobs-e-dinamarco-no-trato-punitivo-da-garantia-da-ordem-publica>>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 21/11/2018

CANTÚ, Mariana Coelho. **Jurisdição Penal com os Pés de Barro: “Ordem Pública” no Imaginário Sistema Punitivista Brasileiro – Parte 01**. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/jurisdicao-penal-com-os-pes-de-barro-ordem-publica-no-imaginario-sistema-punitivista-brasileiro-parte-01>>. ISSN: 2526-0456. Acesso em: 08/09/2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice Encontrou por lá**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. 1ª Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar – uma visão jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. vol. 4/1993. out-dez/1993. p. 89-93.

COELHO, Luís Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

COELHO, Luís Fernando. **Curso de Introdução ao Direito em 13 aulas**. 2ª Ed. Curitiba: Instituto Memória, 2015

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Doc. 57. 31 de dezembro de 2009.

COPETTI NETO, Alfredo. **A Democracia Constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COUTINHO, Afrânio. **Notas de Teoria Literária**. 2ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2015

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (orgs.) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Volume 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DISSENHA, Rui Carlo. Bem Jurídico Penal Supraindividual e a Obrigatoriedade de Repressão? **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v.1, n. 30, p. 284-311, 2013, ISSN: 2316-753X

DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. In: **Estado**,

Poder e Jurisdição – Volume II. QUADROS, Doacir Gonçalves de; BAGGIO, Andreza C.; SOUZA, André Peixoto de. (Editores). Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014

KARAM, Maria Lúcia. Prisão e Liberdade Processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol. 2/1993. abr-jun/1993. p. 83-93.

FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol. 64/2007. jan-fev/2007. p. 239-252.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil.** 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In:* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAREZE FILHO, Paulo. **Manual Politicamente Incorreto do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão Judicial no Brasil: narratividade, normatividade e subjetividade.** Florianópolis: EMais, 2018.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Dj Jefferson Amadeus de Souza. **Ensaio Sobre Processo Penal, Hermenêutica e a Crise de Paradigmas no Direito Brasileiro.** 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Fundamentos Teóricos das Novas Hipóteses de Prisão Preventiva: análise da Emenda nº 9 ao Substitutivo do PLS nº 156. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição – volume 2**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In. GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (orgs.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (org.) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Volume 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GOMES, Jefferson de Carvalho. **A Criminalização na Sociedade do Espetáculo: aportes hermenêuticos para a contenção do ativismo judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Petrópolis, 2018.

GOMES, Patrick Mariano. **Discursos Sobre a Ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2013.

JASPERS, Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico**. São Paulo: Cultrix, 2011

KHALED JR., Salah H. Cientificidade, positivismo jurídico e busca da verdade no processo penal. In. GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (orgs.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LEITE, Rosimeire Ventura. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil – Volume II**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; ROSA, Alexandre Morais da. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O processo penal na lógica da eficiência: as garantias constitucionais e a importância dos limites. In. GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (orgs.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MARQUEZ, Gabriel García. **Cem Anos de Solidão**. 103ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2018.

MELIM, Claudio. **A Essência Moral da Verdade Jurídica**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-essencia-moral-da-verdade-juridica>>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 17/11/2018.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORBACH, Gilberto; BERNSTIS, Luísa Giuliani. Justiça para Artesãos: Ronald Dworkin e a renovação da tradição a partir do direito como literatura. **RDL – Rede Brasileira de Direito e Literatura – Anais do VI CIDIL**. v. 1, p. 44-60. Ago. 2018. ISSN: 2525-3913. Disponível em: <<http://seer.rdl.org.br/index.php/anacidil/article/view/365>>.

NAZÁRIO, Ana Luíza Teixeira; PIRES, Érica Côrrea Simões. **A Necessidade da Prisão Preventiva Diante da Ameaça à Ordem Pública: não temos provas, mas temos convicção**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-necessidade-da-prisao-preventiva-diante-da-ameaca-a-ordem-publica-nao-temos-provas-mas-temos-conviccao-1508702722>>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 21/11/2018

NEVES, Luiz Gabriel Batista; CERQUEIRA, Marina. Por que a prisão cautelar no Brasil é uma medida *prima ratio* (?): uma análise crítica aos desafios para a efetivação da Lei n.º 12.304/11. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.). **Desafio a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil – Volume II**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULA, Leonardo Costa de. Sobre a tutela cautelar no processo civil brasileiro e sua influência na justiça criminal: sintoma de uma mentalidade inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (org.) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Volume 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica do controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Ordem Pública e Constituição: um esforço de delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 990/2018. Abr/2018. p. 309-329.

RAMALHO, Leandro. **A Retórica nas Decisões do Judiciário Contemporâneo: uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Por uma Teoria do Processo Penal**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático**. 1ª Ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta & Hamlet**. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de Processo e Prática Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOUZA, João de Castro. **A (Im)Possibilidade de Decretação da Prisão Preventiva Fundamentada na Garantia da Ordem Pública**. Disponível em:

<<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-im-possibilidade-de-decretacao-da-prisao-preventiva-fundamentada-na-garantia-da-ordem-publica>>. ISSN: 2446-7405. Acesso em: 21/11/2018

SOUZA, André Peixoto de. **Ordem Pública e Prisão Preventiva**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/ordem-publica-prisao-preventiva/>>. ISSN: 2446-8150. Acesso em: 08/09/2018

SOUZA, André Peixoto de. **Inconsistência do conceito “ordem pública” na prisão preventiva**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/ordem-publica-na-prisao-preventiva/>>. ISSN: 2446-8150. Acesso em: 26/11/2018

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – decido conforme minha consciência?** 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Organizadores). **Direito e Literatura: da Realidade da Ficção à Ficção da Realidade**. São Paulo: Atlas, 2013

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 18, n.1, p. 5-22, abri. 2013. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p5-22>.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O Que é Isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz Não é Deus: juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SZESZ, André. **O Juízo de Periculosidade na Prisão Preventiva**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

VALLE, Juliano Keller. **A Defesa do Direito de Defesa: uma percepção garantista**. 1ª Ed. Florianópolis: Habitus, 2017.

VALOIS, Luis Carlos Valois. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VOLPI, Stefano. A Cultura Inquisitória e a Motivação das Decisões de Decretação de Prisão Preventiva no Brasil: uma fácil adequação axiológica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil – volume 4**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. Florianópolis: EModara, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 85/2010. jul-ago/2010. p. 447-494.