

## **O REQUISITO DA ORDEM PÚBLICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### ***THE REQUIREMENT OF PUBLIC ORDER BASED ON THE JURISPRUDENCE OF THE HIGHEST COURT OF JUSTICE***

Deangelis Lacerda<sup>1</sup>  
Reis Friede<sup>2</sup>

**Resumo:** A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece o princípio da presunção de inocência como um dos seus mais significantes alicerces. É a partir deste princípio que nasce a ideia da excepcionalidade da prisão cautelar. A prisão preventiva é a medida cautelar mais comum, cujos requisitos estão inseridos a partir do seu artigo 311. A ordem pública é um dos disponíveis para que o Estado lance mão dessa modalidade de segregação. Neste trabalho, de análise qualitativa, analisaremos o requisito da ordem pública a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo a entender como o Tribunal tem decidido sobre a questão.

**Palavras-Chave:** Prisão. Preventiva. Ordem pública.

**Abstract:** The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 establishes the principle of presumption of innocence as one of its most significant foundations. It is from this principle that the idea of the exceptional nature of precautionary detention arises. Preventive detention is the most common precautionary measure, whose requirements are included in article 311. Public order is one of the measures available to the State to use this type of segregation. In this qualitative analysis work, we will analyze the requirement of public order based on the jurisprudence of the Superior Court of Justice, in order to understand how the Court has decided on the issue.

**Keywords:** Prison. Preventive. Public order.

---

<sup>1</sup> Coordenador e professor do curso de Direito do Centro Universitário Castelo Branco. Mestre em Gestão do Trabalho para Qualidade do Ambiente Construído (MPGTQAC) pela Universidade Santa Úrsula. Foi aluno do programa de Doutorado Intensivo em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires - UBA (2013/2015). Pós-graduado em Direito Público. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Advogado. Conselheiro titular da 1ª Subseção (Colatina) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Espírito Santo.

<sup>2</sup> Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho e em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Professor do Mestrado Profissional em Gestão do Trabalho (MPGTQAC) da Universidade Santa Úrsula/USU.

Recebido em: 11/06/2024  
Aceito em: 07/11/2024

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, representou um marco positivo na história contemporânea da nossa sociedade. Com ela foi inaugurada uma nova era, pautada no Estado Democrático Direito, destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A cidadania, enquanto fundamento da República (CRFB, art. 1º, inc. II), apresenta-se como um dos alicerces desse novo modelo constitucional, voltada à efetiva proteção do cidadão enquanto ser humano, que é sujeito de direitos e deveres.

O constituinte trouxe também a máxima de que até a sentença penal condenatória irrecorrível todos são considerados inocentes. Trata-se do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII).

Em função desse novo sistema, a excepcionalidade da prisão cautelar (sem pena, portanto) ficou evidente. Mais do que nunca, a liberdade do cidadão somente poderá ser restringida em último caso, o que foi reforçado a partir das últimas atualizações do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, enquanto custódia cautelar, está disposta nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal. Seus requisitos próprios estão no artigo 312 do referido Código. São eles: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

A presença isolada de qualquer desses requisitos não é suficiente, de modo que para que seja decretada a custódia preventiva do investigado/acusado, é preciso que haja também prova da existência do crime e indício de sua autoria, além de outros pontos.

Neste contexto, e considerando a relevância temática principalmente em razão do encarceramento em massa no Brasil, o que se pretende neste artigo, enquanto objetivo, é analisar especificamente o requisito da ordem pública a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, a partir de uma análise qualitativa, abordaremos o conteúdo legal pertinente, bem como os estudos doutrinários e as decisões do Superior Tribunal de Justiça correlacionadas.

## **2 A PRISÃO ENQUANTO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

No Brasil, as normas jurídicas sobre a prisão estão dispostas em diversas legislações, a começar pela Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê, por exemplo, que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5º, inc. LXII), que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (art. 5º, inc. LXIV) e que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, inc. LXV).

Ainda segundo a Constituição, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Conforme bem destacado por Aury Lopes Jr (2020, p. 628):

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). É fruto da evolução civilizatória do processo penal.

Tratando da presunção de inocência, Thiago Minagé (2017, p. 95) diz:

(...) este princípio, em que pese sua denominação dada pela doutrina e jurisprudência como presunção, deve passar uma conotação de verdade interina de inculpabilidade, maneira pouco adequada de afirmar que o acusado é inocente enquanto não se demonstre o contrário. A presunção exige um fato, base ou indício, do que se desprende a existência do segundo, o fato presumido, como nexo lógico entre eles, que é a presunção.

A Lei Maior brasileira foi muito clara ao dispor que essa presunção deve ser considerada até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, ou seja, até que a manifestação jurisdicional condenatória não seja mais passível de discussão, alcançando a definitividade.

O referido princípio impõe ao Estado uma regra de tratamento em favor do sujeito passivo da demanda processual penal, impossibilitando que o mesmo seja percebido como culpado antes de ser definitivamente condenado.

Prender alguém antes da sentença condenatória transitada em julgado é absolutamente cabível, mas deve ser avaliado a partir da excepcionalidade, com a observância irrestrita dos requisitos legais expressamente dispostos, de modo a não ofender o princípio da presunção de inocência.

Contudo, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), que tem sua origem no direito romano pela regra do *in dubio pro reo*, consiste em princípio vetor do processo penal brasileiro, orientado pelo sistema acusatório e que tem, dentre as suas características, o ônus da prova da culpa atribuído acusação.

Indissociável dos postulados do contraditório e da ampla defesa, a presunção de inocência impõe tanto um dever de tratamento quanto um dever de julgamento. O dever de tratamento exige que a pessoa acusada seja tratada, durante todo o curso da ação penal, como presumidamente inocente; por outro lado, o dever de julgamento significa que recai exclusivamente sobre o órgão de acusação o ônus de comprovar de maneira inequívoca a materialidade e a autoria do crime narrado na denúncia – e não sobre o acusado o ônus da demonstração de sua inocência –, de sorte que, ao final da instrução processual, a dúvida deve inexoravelmente gerar decisão favorável ao réu. (STF, ARE 1.262.704/GO, relator Edson Fachin, decisão de 19/12/2023)

Aliás, há consenso na jurisprudência acerca da compatibilidade entre o mencionado princípio e o instituto da prisão cautelar.

Para o Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADAS, COM A DEMONSTRAÇÃO CONCRETA E CONTEMPORÂNEA DOS PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E CONDIÇÕES DA PRISÃO DE NÃO CONDENADOS [Regras de Mandela]. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA É COMPATÍVEL COM A PRISÃO CAUTELAR DESDE QUE DEVIDAMENTE SUPOSTA POR INDICADORES DE REALIDADE QUE AUTORIZEM INFERIR A PRESENÇA DA MATERIALIDADE, DE AUTORIA, DO ELEMENTO SUBJETIVO E DO PERICULUM LIBERTATIS. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA, COM BASE EM ELEMENTOS DE REALIDADE OBJETIVOS, ESPECÍFICOS E CONVERGENTES. REQUISITOS ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NEGADO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

1. A prisão cautelar de não condenados, para usar a expressão das Regras de Mandela, submete-se ao criterioso escrutínio dos pressupostos, requisitos e condições dos indicadores de realidade constantes das decisões (CPP, artigo 315, §§1º e 2º), evitando-se a subtração de Direitos Fundamentais em situações desnecessárias ou com indicadores de realidade insuficientes. Por isso, o percurso decisório deve partir da presunção de inocência, que impõe normas de tratamento, probatórias e de julgamento dos não condenados. (...) (STF, HC 221921 AgR, Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, decisão de 15/05/2023)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI À PENA DE 16 ANOS DE RECLUSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA (ART. 492, I, e §4º DO CPP). DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO . VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. TEMA 1.068 PENDENTE DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS JUSTIFICADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. AGRAVO DESPROVIDO. (...)

2. No Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, inclusive as decorrentes do Tribunal do Júri, viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, a prisão antes do esgotamento dos recursos somente poderá ser efetivada em caráter cautelar, de forma individualizada, com a demonstração da presença dos requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal. (...)

(STJ, AgRg no HC n. 875.664/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

Mas é na legislação infraconstitucional que a custódia cautelar é especialmente regulamentada, sobretudo no Código de Processo Penal, conforme será adiante analisado.

O Código de Processo Penal, ao tratar da segregação provisória, o faz em relação às prisões em flagrante, preventiva e domiciliar. A prisão temporária foi prevista em legislação extravagante (Lei 7.960/89).

O referido código, sobre este assunto, sofreu significativa alteração com a entrada em vigor da Lei 12.403/11. Foi com ela, aliás, que as medidas cautelares diversas da prisão foram incorporadas ao CPP (art. 319), numa tentativa do legislador de trazer, para o Estado/juiz, alternativas à segregação do indivíduo antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória.

Tais modificações foram suficientes para reforçar a ideia de que toda prisão antes do trânsito em julgado tem natureza cautelar, e deve ser sempre analisada a partir da excepcionalidade, até porque a CRFB determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, incs. LVII e LXVI, respectivamente).

Enquanto medida cautelar de natureza pessoal, a prisão antes da sentença penal condenatória transitada em julgado deve observar os requisitos da “necessidade” e da “adequação”, os quais estão previstos no art. 282 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

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.

O professor Gustavo Henrique Badaró (2021, p. 1158), sobre o tema, nos ensina o seguinte:

Em doutrina, afirma-se que o juízo de adequação é um juízo de verificação de uma relação de meio a fim. O meio empregado deve ser apto a realizar o interesse que merece maior proteção. É, pois, uma relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina.

Na sequência, tem-se o juízo de necessidade da medida, também conhecido como proibição de excesso ou busca de alternativa menos gravosa. O que se objetiva é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo necessário, na comparação entre as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atendimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental.

Finalmente, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito. Além de ser adequado aos fins que se destina e ser o meio menos gravoso entre os diversos aptos a realizar o escopo pretendido, as desvantagens que o emprego de tal meio causará ao direito fundamental de menor peso serão menos intensas que as vantagens advindas de seu emprego para a proteção do direito de maior peso. Trata-se, pois, de uma "lei de ponderação."

Portanto, se o juiz observar a desnecessidade ou a inadequação da medida, não poderá decretar a custódia celular.

Essa excepcionalidade da medida cautelar extrema (prisão) também é facilmente observada a partir do que disposto no § 2º do art. 282 do Código de Processo Penal, que estabelece que não cabe ao juiz decretar qualquer medida cautelar, sobretudo a prisão, senão quando diante de requerimento das partes.

As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores referenda a questão, quando sustenta "que não se constata excepcionalidade que justifique a custódia cautelar, impõe-se a revogação do decreto prisional, nos termos do novo entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte de Justiça" (STJ, HC 844481/SC, relator Ministro Joel Ivan Paciornik, julgado em 23/10/2023).

Mas foi no § 6º do art. 282 do CPP que o legislador reforçou ainda mais o fato de que a prisão cautelar é medida de exceção, cabível apenas quando nenhuma outra medida menos gravosa tiver lugar.

A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

A previsão contida no referido comando legal, por si só, já diz muito sobre a realidade do sistema processual experimentado na prática brasileira em relação ao instituto da prisão provisória, na medida em que demonstra que, ainda que consideradas todas as determinações constitucionais antes salientadas, a excepcionalidade da custódia anterior à condenação definitiva nunca foi efetivamente objeto de observância pelo Estado. E isso pode ser facilmente comprovado pelos números relativos às pessoas presas de maneira cautelar no Brasil.

Especificamente em relação à prisão preventiva, o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41) prevê o instituto no Capítulo III ("da prisão preventiva"), do Título IX ("da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória"). O tema foi substancialmente modificado pela Lei 13.964/19, que buscou aperfeiçoar as legislações penal e processual penal.

A prisão preventiva “é a prisão cautelar por excelência. E, antes da Lei 12.403/11, era a medida em torno da qual gravitava todo o sistema de medidas cautelares pessoais” (BADARÓ, 2021, p. 1176).

Neste sentido, é a lição de Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (2018, p. 398):

Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.

Importante a crítica de Hélio Tornaghi (1988, p. 5-6), quando aponta:

Pode parecer que a prisão provisória é injusta ou pelo menos que ela resulte injusta no caso em que, ao final, o réu é absolvido. Se ele não era culpado, como se explicará a prisão? Quem lhe devolverá o tempo perdido, a liberdade cerceada e todo o cortejo de males que ela lhe teria acarretado?

Chega-se a afirmar que a prisão provisória deve ser aceita, porque necessária, mas que nem por isso deixa de ser injusta: ‘seria uma injustiça necessária’.

E é até considerada como pena, como antecipação de pena.

A partir do art. 311, o código traz a previsão da referida espécie de custódia cautelar, que é cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, desde que decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Os requisitos dessa modalidade de prisão estão dispostos especialmente no art. 312, que dispõe que ela poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, mas apenas quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Além da previsão do caput do art. 312, o código também traz outras hipóteses expressas de possibilidade de decretação da preventiva, como, por exemplo, quando for caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 312, § 1º).

Embora fosse desnecessária, porque a Constituição Federal já o fez no art. 5º, inc. LXI e no art. 93, inc. XI, o legislador infraconstitucional fez questão de reforçar a obrigatoriedade de ser fundamentada a decisão que decreta a custódia preventiva (CPP, art. 315).

O juiz deverá fundamentar sua decisão em fatos, que demonstrem que a manutenção do acusado em liberdade colocará em risco a instrução criminal ou a provável condenação penal. Não bastam, pois, meras conjecturas, temores infundados, ou simples suspeitas. Muito menos poderá o juiz limitar-se a repetir as palavras da lei ou utilizar fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos. (...)

Também não deve ser aceita a chamada motivação *ad relationem*, em que o juiz acolhe como razões de decidir os argumentos lançados em outro ato, em especial, no requerimento de prisão formulado pelo Ministério Público. Não há em tal forma de decidir a explicação por parte do magistrado das suas razões de decidir, não bastando o reenvio à justificação contida na manifestação de uma das partes ou, até mesmo, em outra decisão do próprio juiz. Assim agindo, o juiz desrespeita a exigência do art. 93, IX, da CR (BADARÓ, 2021, p. 1197-1198).

Ademais, é preciso que se demonstre a existência em concreto de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida (CPP, art. 312, § 2º e art. 315, § 1º).

A prisão preventiva poderá ser revogada pelo juiz se, no correr da investigação ou do processo judicial, desaparecerem os motivos que deram causa à decretação, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316). Neste caso, o magistrado poderá agir de ofício, ou seja, sem a provocação prévia das partes, diversamente, como visto, em relação à decretação inicial.

A Lei 13.964/19, que alterou substancialmente essa matéria no Código de Processo Penal, ainda trouxe uma outra determinação, qual seja, a de que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, sob pena de tornar a prisão ilegal (art. 316, parágrafo único).

A partir do próximo capítulo, analisaremos o requisito da ordem pública de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo a compreender como aquele Tribunal entendeu a questão.

### **3 O REQUISITO DA ORDEM PÚBLICA DA PRISÃO PREVENTIVA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O art. 312 do Código de Processo Penal prevê, além do *fumus commissi delicti*, os requisitos do *periculum libertatis*, dentre eles o da ordem pública. Sem nenhuma dúvida, a ordem pública é o requisito mais utilizado no cotidiano forense para decretação de prisão preventiva. Ocorre que o conceito de ordem pública é absolutamente impreciso, vago e indeterminado, merecendo críticas acentuadas de parcela considerável da doutrina e da própria jurisprudência.

Embora não seja objeto deste escrito a análise histórica da criação do referido requisito, importante o destaque de que a garantia da ordem pública, enquanto elemento da prisão preventiva, foi inspirada, assim como parte do que ainda previsto no Código de Processo Penal, num contexto histórico e político de matriz autoritária (Código de Processo Penal Italiano de 1930 - Código Rocco, elaborado por Mussolini no regime facista), que em muito não se compatibiliza com os preceitos da nossa Constituição Federal de 1988.

Essas características negativas remanescentes do CPP afrontam não apenas a cidadania enquanto fundamento da República, mas também o próprio ODS 16, sobretudo em relação às Metas 16.3 (“promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”),

16.10 (“assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais”) e 16.b (“Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável”).

A análise da essência de uma medida cautelar, em especial a de prisão, demanda a abordagem acerca de uma das suas principais características, qual seja, a da instrumentalidade. É dizer, nos termos do defendido pelo professor Aury Lopes Junior (2021, p. 140), “as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento.” E segue o autor:

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 inconstitucional. (...)

Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais.

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública.

A prisão preventiva como garantia da ordem pública ou econômica nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos (2021, p. 140-141).

Roberto Delmanto Júnior (2003, p. 183), por outro lado, vai dizer que

a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental - de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado - ineto a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária.

Prevalece o entendimento de que a prisão preventiva, enquanto medida cautelar genuína, deve ser interpretada a partir do núcleo central do que hoje se

entende por sistema acusatório, de modo que ela não pode ser utilizada senão como forma de proteger o processo, e jamais como antecipação de pena ou mesmo como um mecanismo de controle social, por exemplo.

O próprio desenvolvimento da segurança pública não deve passar pela concretização da prisão preventiva, que, repita-se, deve servir ao processo, considerando a sua característica de instrumentalidade.

A custódia preventiva interpretada de outra forma nada mais é que uma cristalina disfunção do sistema de justiça. E tudo isso também deve estar mergulhado na garantia constitucional da presunção de inocência.

Voltando especificamente à questão do requisito da ordem pública, tem-se que a imprecisão legislativa é suficiente para causar uma extraordinária confusão interpretativa e sistêmica. Isso porque, conforme destaca Aury Lopes Jr (2021, p. 117):

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

Badaró (2021) reforça o coro de que ordem pública é uma expressão vaga e de conteúdo indeterminado, sendo que essa ausência de um referencial semântico para a garantia da ordem pública coloca em risco a liberdade individual.

A crítica também é lançada por Choukr (2011), para quem o requisito da ordem pública dificilmente pode ser adequado com a presunção de inocência disposta na Constituição Federal.

Magalhães Gomes Filho (1991, p. 67-68) acrescenta:

(...) à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em "exemplaridade", no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um "instrumento a serviço do instrumento", mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.

Geraldo Prado (2011, p. 142-143) chega a afirmar que:

(...) a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida do processo - se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída - valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade.

De acordo com Távora e Alencar (2016, p. 917) "a decretação da prisão preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal." Para eles, "a ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social."

Ainda que considerada a definição dada pelos professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ao requisito da garantia da ordem pública, o fato é que a prisão preventiva assim fundamentada não busca necessariamente preservar a investigação ou mesmo o processo judicial, mas sim, em grande medida, colocar em prática alguns dos efeitos da condenação penal e da própria pena criminal, representando, em última análise, uma execução antecipada da pena, o que não é juridicamente adequado.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça - STJ entende que a prisão preventiva fundamentada na necessidade de preservação da ordem pública é justificada especialmente pela reiteração criminosa, pela gravidade em concreto da conduta delituosa e pela periculosidade do agente. Vejamos alguns julgados recentíssimos do STJ em que fica clara a posição daquela Corte sobre a temática.

A Sexta Turma, ao julgar o agravo regimental no recurso em habeas corpus nº 193008 - AL, de relatoria do Ministro Jesuíno Rissato, entendeu que a periculosidade real, a propensão à prática delitiva e à conduta violenta do acusado representam a necessidade de preservação da ordem pública.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. FURTO QUALIFICADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A prisão preventiva foi mantida não apenas em razão da reiteração delitiva do réu, como também em face da gravidade da conduta delitiva perpetrada, uma vez que o agravante, na companhia de um adolescente, em rodovia movimentada, por volta de 21h, colocou pedras e toras na rodovia, fazendo com que o condutor/vítima parasse o veículo e, utilizando faca e facão, ameaçou sua família (integrada, inclusive, por uma criança de 1 ano e 5 meses e uma pessoa portadora de necessidades especiais). Após a execução da empreitada, os réus se evadiram com o veículo e celular. Logo em seguida, invadiram, mediante arrombamento, uma residência, de onde subtraíram um botijão de gás, um rolo de arame e uma foice.
2. É firme o entendimento jurisprudencial de que "a segregação cautelar para a garantia da ordem pública se mostra fundamentada

no caso em que o *modus operandi* empregado revela especial desvalor da conduta" (AgRg no HC n. 582.326/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe 13/8/2020), a evidenciar a periculosidade real, propensão à prática delitiva e à conduta violenta, como no caso.

3. A preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade (RHC n. 107.238/GO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 12/3/2019).

4. Registre-se que a prática do delito com envolvimento de adolescente constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública. Nesse sentido: RHC n. 53.411/CE - 6ª T. - unânime - rel. Min. Sebastião Reis Júnior - DJe 9/4/2015; HC n. 312.760/MG - 5ª T. - unânime - rel. Min. Jorge Mussi - DJe 25/5/2015; e RHC n. 38.586/MG - 6ª T. - unânime - rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 23/8/2013.

5. "Concretamente demonstrada pelas instâncias ordinárias a necessidade da prisão preventiva, não se afigura suficiente a fixação de medidas cautelares alternativas" (AgRg no HC n. 573.598/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe 30/6/2020.) 6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC n. 193.008/AL, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 23/4/2024, DJe de 26/4/2024.)

A dinâmica dos respectivos fatos foi tão importante para a decisão do STJ, que ela foi constatada não apenas no voto do Relator, mas também na própria ementa do julgado, conforme acima colacionado.

Essa decisão foi proferida por unanimidade, já que os Ministros Otávio de Almeida Toledo, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram no mesmo sentido do Relator. O Ministro Antônio Saldanha Palheiro não estava presente na sessão.

Ao julgar o agravo regimental em habeas corpus nº 880538 - SP, a Quinta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decidiu no mesmo sentido. Vejamos, pois:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, RECEPÇÃO QUALIFICADA, RECEPÇÃO, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR, ROUBO E FURTO DE VEÍCULOS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPOSSÍVEL DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. SUPOSTA INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ESPOSA DE SUPOSTO LÍDER DA ORGANIZAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES GRAVES. AGRAVANTE FORAGIDA. FILHO COM IDADE FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 318, DO CPP. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INAPLICABILIDADE DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

3. No caso em exame, as instâncias ordinárias destacaram a necessidade da medida extrema, para fins de garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta da conduta delituosa praticada pela paciente, havendo fundadas suspeitas de que ela integraria organização criminosa dedicada à prática dos crimes de roubo e furto de veículos, visando posterior desmonte dos mesmos para comercialização das peças obtidas de forma ilegal. Conforme ainda consignou o Tribunal de origem, a prisão preventiva foi necessária para frear a perpetuação criminosa, vez que a paciente seria a atual esposa do líder da mencionada organização criminosa. De acordo com os autos, o esposo da paciente mantém estreito relacionamento com a organização criminosa autodenominada "Primeiro Comando da Capital". Ainda, a denunciada figuraria como procuradora em inúmeros negócios de seu marido e em outros como sócia deste, além de também exercer função de liderança, coordenando a atuação da organização criminosa após a prisão daquele (e-STJ fl. 53/55), fundamentação que justifica a prisão do paciente, com adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Com efeito, a gravidade concreta do crime como fundamento para a decretação ou manutenção da prisão preventiva deve ser aferida, como no caso, a partir de dados colhidos da conduta delituosa praticada pelo agente, que revelem uma periculosidade acentuada a ensejar uma atuação do Estado cerceando sua liberdade para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. A jurisprudência desta Corte considera legítima a segregação cautelar destinada a impedir a perpetuação criminosa, especialmente quando se trata de crimes graves e há indícios de grupo especializado no delito, o que se constata nestes autos, especialmente no vínculo com organização criminosa.

(...)

9. Tem-se por inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade do agente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura.

(...)

(AgRg no HC n. 880.538/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024.)

A referida decisão também foi tomada de maneira unânime, eis que os Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Relator.

Tais decisões foram proferidas pelas duas Turmas do STJ com competência em matéria penal, de modo que é possível concluir que ambas têm posicionamento no mesmo sentido, o que, a bem da verdade, acaba por contribuir com a concretização da necessária segurança jurídica.

Outrossim, uma similaridade interessante deve ser observada nesses dois julgados, qual seja, a de que ambos tratam de crimes em tese praticados com violência ou grave ameaça. Isso quer dizer que o STJ, de maneira geral, entende que a gravidade do delito está diretamente relacionada com a presença de violência ou grave ameaça na conduta.

Tanto é assim, que ao julgar o habeas corpus nº 886811 - GO, o Superior Tribunal de Justiça, em fevereiro deste ano, entendeu que a reincidência, por si só, não é o bastante para justificar a prisão preventiva quando o crime sob exame, pelas suas circunstâncias, não tiver sido praticado com emprego de violência ou grave ameaça, sendo certo que, neste caso, a custódia pode ser substituída por medidas cautelares diversas da prisão.

(...) Verifica-se a presença de fundamentos concretos para a manutenção da prisão cautelar, a bem da ordem pública, diante do risco concreto de reiteração criminosa, pois foi apontado que é reincidente em prática delitiva, ostentando ainda ações penais em andamento.

Todavia, ao analisar as circunstâncias do caso, verifica-se que o delito não foi praticado mediante emprego de violência ou grave ameaça,

motivo pelo qual não se revela proporcional a manutenção da medida extrema. Na mesma linha:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO RELEVANTE. REITERAÇÃO DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES. POSSIBILIDADE.

1. "Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal" (AgRg no HC n. 722.775/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022).

2. O tráfico flagrado de não relevante quantidade de drogas associado à reiteração delitiva do agente, decorrente de crime praticado sem violência ou grave ameaça, não justifica a prisão preventiva, razão de se mostrar suficiente a substituição por medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 796.278/MS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 10/5/2023.)

Nesse contexto, para evitar a reiteração delitiva, suficiente é a imposição das seguintes medidas cautelares penais diversas da prisão processual: (a) apresentação a cada 2 meses, para verificar a manutenção da inexistência de riscos ao processo e à sociedade (informar e justificar atividades); (b) proibição de mudança de domicílio sem prévia autorização judicial, vinculando o acusado ao processo; e (c) proibição de ter contato pessoal com pessoas envolvidas com atividades criminosas, como garantia à instrução e à proteção contra à reiteração criminosa. Deverá ainda fornecer endereço atualizado para os necessários atos de comunicação processual.

Neste caso, a conclusão pela gravidade ou não da conduta supostamente criminosa, de regra, está diretamente relacionada com a eventual presença de violência ou grave ameaça, o que, registra-se, parece-nos muito lógico.

Porém, é fundamental registrar que o STJ, em algumas situações, reconhece a presença de gravidade delitiva suficiente para justificar a prisão preventiva como forma de preservar a ordem pública em delitos em tese praticados sem violência ou grave ameaça, como, por exemplo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. INDÍCIOS MÍNIMOS DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GRAVIDADE DO DELITO. INTERROMPER ATUAÇÃO DE GRUPO CRIMINOSO. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No caso, as instâncias ordinárias indicaram, fundamentadamente, a suficiência de indícios mínimos que evidenciam a estabilidade e permanência exigidas para a configuração do delito de associação criminosa, havendo sido consignado que o afastamento das conclusões da instâncias antecedentes demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, providência inviável no habeas corpus.

2. Presentes elementos concretos para justificar a manutenção da prisão preventiva, sobretudo, para a garantia da ordem pública. As instâncias antecedentes explicitaram a necessidade da medida pois o agravante seria integrante de grupo criminoso voltado à subtração de veículos populares para posterior desmanche e revenda de peças, o que revela risco ao meio social. Ademais, a segregação cautelar mostrou-se necessária para se evitar a reiteração delitiva, pois o agente registra diversas anotações pela prática de atos infracionais diversos, o que recomenda a manutenção do decreto cautelar.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 850.943/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 24/4/2024.)

Resumidamente, para o Superior Tribunal de Justiça, a gravidade do crime, na maioria das vezes, está relacionada com conduta com violência ou grave ameaça, embora seja possível também reconhecer a gravidade em infrações sem essas circunstâncias, como no tráfico de entorpecentes.

Quase sempre, a gravidade delitiva e a reiteração criminosa utilizadas como sinônimos de ordem pública estão interligadas com a periculosidade do agente ativo da conduta. Ou seja, a infração penal praticada de forma grave, em especial com violência ou grave ameaça, e a habitualidade delitiva comprovam a periculosidade do sujeito autor da conduta.

No julgamento do agravo regimental em habeas corpus nº 893166 - SP, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, a Sexta Turma deixou isso muito

transparente, sobretudo ao citar, enquanto fundamento para a decisão, outro julgado daquela Corte, precisamente o proferido ao agravo regimental em habeas corpus nº 837564 - SP. Segue:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE CONDENADO. REGIME FECHADO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - A segregação cautelar está devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira incontestada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, em razão de o paciente ostentar dupla reincidência específica, circunstância que revela a periculosidade concreta do agente e a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas tudo a demonstrar a indispensabilidade da imposição da segregação cautelar, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. Precedentes.

III - A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e está autorizada não apenas pelo RISTJ, mas também pelo CPC e, ainda, pelo enunciado da Súmula n. 568 do STJ, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 837.564/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 20/12/2023.)

Mas é preciso também entender que a presença de violência ou grave ameaça no delito supostamente praticado, por si só, não basta para a decretação da prisão preventiva. É necessário que essa gravidade da conduta seja concreta, e não abstrata, sob pena de necessária decretação de prisão preventiva em todo e qualquer crime de homicídio, por exemplo, o que não é devido.

Por ocasião do julgamento do habeas corpus nº 781198 - RO, o Relator Jesuíno Rissato decidiu que, “segundo a jurisprudência desta Corte, a prisão preventiva, quando fundada na gravidade do delito, deve se pautar em razões concretas, particulares, a caracterizar circunstâncias que ultrapassam os limites do tipo penal.” E concluiu: “Como já adiantado na decisão liminar, o decreto prisional indica fundamentação evidenciada na gravidade abstrata e na hediondez do delito, os quais são insuficientes a ensejar a custódia preventiva.”

É fundamental, então, que a decisão prisional aponte expressamente a existência de gravidade em concreto da conduta, sob pena de não ser cabível e adequada a custódia preventiva, ainda que tratar-se de crime hediondo.

A proporcionalidade da segregação também deve sempre ser observada, mesmo quando outras circunstâncias indicarem o *periculum libertatis*. Neste ponto, é interessante a decisão do STJ no recurso em habeas corpus nº 173727 - TO, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, ocasião em que foi salientado o seguinte:

(...) embora demonstre o *periculum libertatis* ante a existência de antecedentes criminais, é insuficiente para a imposição da prisão cautelar ao agente, notadamente porque a quantidade de droga apreendida – 28g (vinte e oito gramas) de maconha sem indícios, ao menos por ora, de comercialização– demonstra a desproporcionalidade da medida extrema. (...)

Essas considerações analisadas em conjunto levam-me a crer, como dito, ser desproporcional a imposição da prisão preventiva, revelando-se mais adequada a imposição de medidas cautelares alternativas, em observância à regra de progressividade das restrições pessoais, disposta no art. 282, §§ 4o e 6o, do Código de Processo Penal, ao determinar, expressa e cumulativamente, que apenas em último caso será decretada a custódia preventiva e ainda quando não for cabível sua substituição por outra cautelar menos gravosa.

Requer-se que o art. 282 do Código de Processo Penal prevê expressamente que as medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva, deverão ser implementadas observando-se a 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 e a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Portanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a prisão preventiva fundamentada no requisito da ordem pública será adequada quando o crime for, em especial, concretamente grave, ou quando o autor do delito for habitualmente envolvido com a criminalidade, demonstrando a sua periculosidade acentuada.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao inaugurar um novo momento no país no que concerne aos direitos e garantias fundamentais, trouxe significativas alterações para o processo penal, datado de 1941, elaborado num contexto histórico absolutamente diverso dos tempos atuais, inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930 (Código Rocco), com matiz autoritária.

A CRFB/88, dentre outros pontos relevantíssimos, previu a máxima de que até a sentença penal condenatória irrecorrível todos são considerados inocentes. Trata-se do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), que em grande medida se relaciona com a cidadania enquanto fundamento da República.

É este princípio que deve nortear toda a atuação do Estado-juiz na persecução penal, de modo a entender que a prisão cautelar é a exceção. Em outras palavras, de regra, o sujeito passivo do processo criminal deve aguardar o seu julgamento em liberdade.

Tanto é assim, que o Código de Processo Penal nacional traz normas expressas no sentido de que a prisão cautelar, dentre elas a preventiva, apenas deve ser executada quando nenhuma outra medida cautelar menos gravosa for suficiente à espécie.

Ademais, para que a liberdade de alguém seja cerceada antes de eventual sentença penal condenatória, é preciso que se observe estritamente os requisitos legais dispostos a partir do art. 311 da Lei Processual Penal e/ou na Lei de Prisão Temporária.

A problemática dessa questão se acentua quando analisados os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312), em especial o da ordem pública, já que, como visto, ele é inteiramente vago, impreciso, indeterminado, causando, por consequência, uma deformidade na ideia de instrumentalidade das medidas cautelares.

Dito de outro modo, a prisão preventiva, enquanto medida cautelar, tem a função instrumental em relação ao processo, já que ela não é um fim em si mesma, devendo “servir” ao processo de alguma maneira, como, por exemplo, para proteger o desenvolvimento da instrução processual.

O requisito da ordem pública da prisão preventiva claramente não tem essa finalidade, já que, de regra, doutrina e jurisprudência trazem como sinônimos a gravidade em concreto da conduta, a habitualidade delitiva e a periculosidade do agente.

Embora sejam circunstâncias verdadeiramente sensíveis, o fato é que a prisão preventiva decretada a partir da gravidade em concreto da conduta, da habitualidade delitiva ou da periculosidade do agente não tem qualquer função de proteção do processo, senão da sociedade, no que é função da pena, e não da medida cautelar.

Neste sentido, o famigerado requisito deveria ser extirpado do art. 312 do Código de Processo Penal, garantindo assim uma maior consonância entre este e a Constituição Federal.

Uma melhor eficiência do sistema de justiça criminal também seria necessária nesse contexto proposto, sobretudo como forma de evitar a demora na prestação jurisdicional e, por consequência, a hipótese de alguém continuar

praticando ilícitos penais sem ser previamente julgado e, se for o caso, responsabilizado penalmente.

Por fim, esse debate só será verdadeiramente possível a partir de um amadurecimento técnico-científico da sociedade e principalmente daqueles que diretamente legitimados para as mudanças legislativas. Sem isso, continuaremos com o sistema hodierno, que ao fim e ao cabo, serve para encarcerar antecipadamente os alvos de sempre do sistema.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 12/3/2024.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 12/3/2024.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaIp/Inicio>. Acessado em 12/3/2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acessado em 12/3/2024.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Forense.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal**: estudos, pareceres e crônicas. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

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

\_\_\_\_\_. **Prisões cautelares**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 4ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da prisão provisória**: comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. FERNANDES, Og (Org.). Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10.ed. Salvador: Juspudivm, 2015.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.