

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GIOVANA CECCILIA JAKIEMIV MENEGOLO

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO
PREVENTIVA À LUZ DA DUPLA FUNCIONALIDADE DOS DIREITOS DO
CIDADÃO**

**CURITIBA
2018**

GIOVANA CECCILIA JAKIEMIV MENEGOLO

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO
PREVENTIVA À LUZ DA DUPLA FUNCIONALIDADE DOS DIREITOS DO
CIDADÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Régner Chemim
Guimarães.

**CURITIBA
2018**

GIOVANA CECCILIA JAKIEMIV MENEGOLO

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO
PREVENTIVA À LUZ DA DUPLA FUNCIONALIDADE DOS DIREITOS DO
CIDADÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Régnier Chemim Guimarães

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais, por me apoiarem sempre em minhas decisões e por todo suporte conferido a mim, seja material ou emocional. Além disso, sou grata a eles por terem me proporcionado estudar em uma faculdade de renome e cursar Direito, área do conhecimento que me encanta a cada dia mais.

Não poderia deixar de agradecer aos meus avós, Terezinha, Hamilton, Elidia, Estephano, pelo carinho que sempre me foi dado e por torceram tanto pelo meu sucesso, vibrando a cada conquista que até hoje obtive em minha vida.

Ainda, agradeço ao meu orientador Rodrigo Régner Chemim Guimarães, primeiramente, pelo brilhantismo nas aulas a mim ministradas e também pelos ensinamentos e apontamentos cruciais para o desenvolvimento deste trabalho.

Sou grata a minha amiga Fernanda Gasparin, a qual tive a oportunidade de conhecer na faculdade e que, desde então, sempre esteve me apoiando em todos os sentidos, inclusive durante a evolução deste trabalho, será uma amizade para toda a vida.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos e amigas que sempre estiveram ao meu lado durante toda esta jornada, em especial, a Stephanie Machado e Silvia Nogueira.

A meus pais, KARLA e MARCOS,
todo meu amor e minha eterna gratidão.

“É pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância
que a separava do homem, somente o trabalho poderá
garantir-lhe uma independência concreta.”

(SIMONE BEAUVOIR)

RESUMO

Diante da controvérsia existente em nosso ordenamento jurídico quanto à garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, vez que o termo utilizado se mostra genérico e não possui qualquer definição na lei brasileira, além de haver diversas interpretações, faz com que se amplie demasiadamente o leque de possibilidades a serem fundamentadas a fim de garantir a ordem pública, causando certa banalização em seu uso. Assim, o presente trabalho busca solucionar toda a controvérsia que cerca o tema, mostrando o melhor modo de interpretação do instituto, qual seja, pelo caminho da dupla face dos direitos do cidadão, isto é, aplicando o princípio da proporcionalidade e suas duas variantes, da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente. Neste sentido, será apresentado o contexto histórico de nascimento do princípio da proporcionalidade e como ele é tratado em tempos atuais. Em seguida, haverá uma análise detalhada da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública, apresentando as suas variáveis interpretativas, além de mostrar entendimentos jurisprudências acerca do tema, tanto advindos da jurisprudência nacional quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, será proposta a melhor forma de interpretação da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública, qual seja, pelo duplo viés do princípio da proporcionalidade, de modo que, no caso concreto, leve-se em consideração tanto direitos do acusado quanto da vítima e da sociedade.

Palavras-chave: prisão preventiva, princípio da proporcionalidade, proibição de excesso, proibição de proteção insuficiente.

ABSTRACT

Faced with the controversy in our legal system regarding the use of pre-trial detention to ensure public order, since the term has a broad meaning and has no definition in Brazilian law, in addition to having different interpretations, there is a wide range of reasons why someone could be detained based on threat to public order, which trivializes its usage. Thus, the present work seeks to solve the controversy by providing an alternative interpretation, that is, by applying the principle of proportionality and its two variants: the prohibition of excess and the prohibition of insufficient protection. At first, the historical context of the birth of the principle of proportionality and how it's been perceived over time will be introduced. Then, there will be a detailed assessment of the pre-trial detention based on the threat to public order, presenting its numerous interpretations, in addition to exploring the jurisprudence on the subject, both from national and international courts. At the end, the best approach to this kind of pre-trial detention will be proposed, that is, by the two variants of the principle of proportionality, so that the rights of the accused, victim, and society will be taken into consideration.

Keywords: pre-trial detention, principle of proportionality, prohibition of excess, prohibition of insufficient protection.

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	7
1 INTRODUÇÃO	9
2 COMO OPERA A DUPLA FUNCIONALIDADE	11
2.1 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO.....	17
2.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE.....	19
2.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A RECEPÇÃO DA DUPLA FUNCIONALIDADE.....	21
3. DA PRISÃO PREVENTIVA	26
3.1 FUNDAMENTO: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	28
3.2 JURISPRUDÊNCIAS.....	35
3.2.1 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	36
3.2.2 JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ.....	39
3.2.3 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	42
4 INTERPRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA À LUZ DA DUPLA FACE DOS DIREITOS DO CIDADÃO	46
4.1 SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO.....	51
4.1 SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE.....	52
5 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O início da modernidade se deu a partir da ideia do contrato social, firmado entre o povo e seu soberano, com o objetivo de estabelecer a civilização, colocando fim a barbárie, vislumbrando-se, assim, o modelo estatal absolutista.

Todavia, essa sociedade evoluiu e o homem passou a ter mais autonomia, passando a ser tratado como cidadão, tendo em vista a necessidade de que seus direitos fossem assegurados a fim de viver em comunidade.

Desta forma, nasce a noção de cidadania com instauração do liberalismo, o qual foi o ponto de partida para o desenvolvimento de um novo direito, visto que o Absolutismo não se mostrava mais eficiente às mudanças sociais e econômicas da época.

Nesse contexto, após o advento da Revolução Francesa, se instaura o Estado Liberal, o qual teve como principal objetivo romper com os ideais absolutistas, concebendo, então, uma política absentista, de modo que o direito deveria tão somente proteger o cidadão das arbitrariedades do Estado, uma vez que a burguesia não estava preocupada em superar qualquer diferença social ou econômica.

Posteriormente, a tarefa do Estado se ampliou, tendo em vista a necessidade de proteger camadas menos abastadas, as quais foram esquecidas durante o período do liberalismo, nascendo, então, um novo modelo de estado, baseado no bem-estar social.

O Estado Social pretendia garantir as liberdades individuais e, ao mesmo tempo, assegurar que toda a população tivesse acesso a uma série de serviços sociais, especialmente aqueles relacionados à educação, saúde e habitação, buscando a coesão social e igualdade de oportunidades.

Apesar desse novo olhar, o mundo passou por governos autoritários, os quais usavam do positivismo para legitimar o seu regime, fazendo com que a política superasse o direito.

Deste modo, os textos constitucionais que vieram no segundo pós-guerra resgataram a perspectiva anterior, preocupando-se não somente em resguardar de direitos individuais, mas também direitos de toda a comunidade, através de uma nova dimensão de direitos.

É nesse ponto que se dedicará em parte a presente monografia, isto é, analisando o novo paradigma contemporâneo quanto à proteção dos direitos fundamentais, posto que antes visava tão somente proteger o cidadão das arbitrariedades estatais, agora além de se fazer frente ao Estado, se utiliza da própria máquina estatal para exercer os direitos.

A trajetória de evolução do Estado está intimamente ligada ao progresso do constitucionalismo, sendo que o sistema jurídico antes baseado no positivismo, posteriormente, adotou uma concepção mais principiológica, de modo que não bastava a lei, esta deveria ser razoável e proporcional, vislumbramos, assim, o princípio da proporcionalidade.

Diante dessa perspectiva, analisaremos o instituto da prisão preventiva, mais especificamente, um dos seus fundamentos, qual seja, a garantia da ordem pública, visto que se trata de tema muito debatido e divergente na doutrina e jurisprudência brasileira.

A fim de atingir os objetivos que cercam a temática, o presente trabalho se desenvolverá em duas partes, além da síntese conclusiva. Inicialmente, se fará uma breve trajetória histórica, a qual se inaugura com o Estado Moderno, seguindo até o Estado Democrático de Direito, mostrando as visões que predominavam em cada período.

Com isso, haverá sustentação suficiente para o desenvolvimento de um o segundo momento, qual seja, a tratativa do princípio da proporcionalidade e seus derivados, estudando a proibição de excesso e a proibição da proteção insuficiente, além da consequente aplicabilidade de ambos à prisão preventiva sob fundamento da ordem pública.

Portanto, ao final deste trabalho, vislumbrar-se-á, que ao aplicar o princípio da proporcionalidade ao instituto da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública, a sua interpretação e, consequente, aplicação não deverá se esgotar na categoria da proibição de excesso, tendo em vista que, a par da defesa incondicional dos direitos humanos fundamentais do criminoso, cabe ao Estado a missão inafastável de proteger de forma eficaz o bem jurídico violado ou até mesmo eliminar a possibilidade de futuras violações, a fim de resguardar a sociedade, diante da proibição de proteção insuficiente.

2 COMO OPERA A DUPLA FUNCIONALIDADE?

Tendo em vista que far-se-á a análise de um instituto processual penal sob a perspectiva dos direitos fundamentais, é relevante se situar hermeneuticamente, a fim de delimitar o momento histórico de surgimento da dupla face dos direitos do cidadão.

O começo da modernidade se deu por volta do século XVI, com a ascensão do Absolutismo, rompendo com o modelo feudal de produção, inaugurando uma nova organização política e social, marcada pela centralização do poder nas mãos de um monarca, o qual era a personificação do Estado.¹

Percebe-se, que a soberania era a principal característica do Estado Absoluto, de modo que o poder monárquico se baseava essencialmente na origem divina, sendo o monarca aquele que representava Deus na Terra, e, por este motivo, não havia qualquer limitação ao seu poder.²

Com o passar do tempo, a burguesia foi ganhando poder econômico, ao incrementar as bases do capitalismo, mas, pelo fato da nova classe não deter poder político, ascendeu-se a Revolução Francesa, a qual buscava descentralizar o poder do Estado, valorizando os direitos individuais.³

Ressalta-se, que a Revolução não foi contra a monarquia, que, de início, manteve-se inquestionada, mas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza, do clero e as relações feudais ainda existentes no campo. Assim, sob o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, promoveu-se um conjunto amplo de reformas antiaristocráticas.⁴

Deste modo, surge o liberalismo, o qual preconizava por um modelo estatal absenteísta, uma vez que o Estado só deveria intervir na vida dos particulares quando houvesse extrema necessidade, tanto econômica quanto social.

¹ STRECK, Maria Luiza Schafer. **Direito penal e Constituição: a face oculta de proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 24-25.

² Ibid., p. 26.

³ Ibid., p. 27.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

Para Paulo Bonavides⁵, trata-se do primeiro Estado Jurídico, guardião das liberdades individuais, que pregava a defesa dos direitos individuais e o controle do poder político estatal, rotulando o Estado como um fantasma que atemorizava o indivíduo.

Isto é, apenas a partir do Estado Liberal que se falou em direitos e garantias constitucionais, tendo em vista que constitucionalismo da época se baseava em restrições do Estado para com o indivíduo, de tal modo que o bem jurídico (penal) seria delimitado por noções de liberdade negativa, isto é, o direito visava apenas proteger os cidadãos das arbitrariedades do Estado, buscando superar quaisquer resquícios dos poderes monárquicos absolutos.⁶

Nota-se, que o modelo de constituição formal somente se estabeleceu após a concepção do Estado Liberal, assim, nas palavras de Ingo Sarlet⁷:

Embora a noção de constituição, compreendida em sentido material, ou seja, como modo de organização da sociedade política, seja bem antiga, o fato é que a ideia de constituição formal, no sentido de uma constituição jurídica ou normativa, portanto, como expressão de um poder constituinte formal, encontrou sua afirmação (teórica e prática) apenas a partir do final do século XVIII.

Porém, este modelo não se mostrou eficiente para grande parcela da população, que continuou a margem da sociedade, uma vez que o novo modelo estatal não trouxe melhoria na vida dessas pessoas, e, por isso, aos poucos houve diversos focos revolucionários ao redor do mundo.

O Estado Liberal passou a ser questionado na Europa pelas doutrinas antiliberais do século XIX, em razão da desigualdade econômica que não fora superada, já que a promessa de igualdade formal, decorrente da Revolução Francesa, passava ao largo da compensação de desigualdades materiais.⁸

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.42

⁶ STRECK, 2009, p. 31.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 37.

⁸ GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In. CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 156.

Dessa maneira, apesar do Estado Liberal trazer inúmeros progressos no que tange a conquista de direitos individuais, isso não bastou para assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo necessária a ruptura com o paradigma liberal.⁹

Com isso, nasceu o Estado Social, que defendia o desenvolvimento de mercado, no entanto, interferindo ampla e diretamente na economia, além de primar pela implantação maciça de políticas públicas, buscando corrigir os erros e proteger a população.

A partir do Estado Social, pela primeira vez, vislumbrou-se um modelo estatal que não se limitava a uma vinculação negativa dos direitos, exigindo, porém, uma postura positiva por parte do Estado, a fim de promover condições mínimas de existência para os indivíduos daquela sociedade.¹⁰

O Estado Social designa a ideia de que os direitos de todos os cidadãos devem ser protegidos, independentemente da sua renda ou posição. Consagra-se, ainda, que para haver o efetivo exercício da liberdade, necessitar-se-iam de condições básicas de desenvolvimento na área da saúde, educação e trabalho, visto que tais condições não seriam providas por si só, ou seja, pela economia de mercado.¹¹

Apesar dos avanços do Estado Social em comparação ao Estado Liberal, seu caráter intervencionista desconsiderava a democracia e os direitos fundamentais, circunstância que, após o segundo pós-guerra, engendrou a possibilidades de um novo avanço na compreensão de Estado e de direito.¹²

Houve-se, então, o ajuste necessário nos textos constitucionais, privilegiando um novo direito, aquele que não resguarda apenas o indivíduo, mas, sim, a comunidade através de uma nova dimensão de garantias, ou melhor, o Estado passa a ser visto como “amigo” dos direitos fundamentais.

Nessa conjectura, surge o Estado Democrático de Direito, com um conteúdo transformador das relações sociais, não se limitando a melhoria nas condições existenciais, como fazia o Estado Social, mas a lei passa a ser um instrumento de transformação da realidade.

Em sua obra, Luís Roberto Barroso¹³ sintetiza a evolução histórica do direito constitucional:

⁹ STRECK, 2009. p. 33.

¹⁰ Ibid., p. 34.

¹¹ GUARAGNI; SANTANA, 2016, p. 157-158.

¹² STRECK, op. cit., p. 35.

¹³ CALLEJÓN, 2004 apud BARROSO, 2013. p. 68-69.

Em sua história curta, mas intensa, o direito constitucional conservou a marca da origem liberal: organização do Estado fundada na separação dos Poderes e definição dos direitos individuais. Um contínuo processo evolutivo, todavia, agregou-lhe outras funções. O conteúdo dos direitos ampliou-se para além da mera proteção contra o abuso estatal, transformando-se na categoria mais abrangente dos direitos fundamentais. Novos princípios foram desenvolvidos e princípios clássicos foram redefinidos. O Poder Público continuou a pautar-se pelo princípio da legalidade, mas passou a qualificar-se, igualmente, pela legitimidade de sua atuação. A fundamentabilidade da Constituição já não reside apenas nas decisões que traz em si, mas também nos procedimentos que institui para que elas sejam adequadamente tomadas pelos órgãos competentes, em bases democráticas. Progressivamente, o direito constitucional foi deixando de ser um instrumento de proteção da sociedade em face do Estado para se tornar um meio de atuação da sociedade e de conformação do poder público aos seus desígnios. Supera-se, assim, a função puramente conservadora do Direito, que passa a ser, também, mecanismo de transformação social. O direito constitucional já não é apenas o Direito que está por trás da realidade social, cristalizando-a, mas o que tem a pretensão de ir à frente da realidade, prefigurando-a na conformidade dos impulsos democráticos.

Percebe-se, que o Estado Democrático de Direito teve uma função transformadora, alterando a forma de pensar o direito, visto que a partir desse momento, as constituições passaram a ser mais dirigentes, colocando no próprio texto constitucional os conflitos e demandas da sociedade, a fim de solucioná-los.¹⁴

Ainda, ressalta-se, que a evolução do Estado, trouxe novas formas de se pautar o direito, vez que, anteriormente, no sistema jurídico se imperava o positivismo, e com o decorrer do tempo, a concepção principiológica foi ganhando força, tornando-se o ponto mais alto da escala normativa.¹⁵

Assim, nesse raciocínio, os princípios passaram a ocupar local de destaque dentro do sistema jurídico, de modo que não bastava a existência de uma lei, esta deveria ser razoável e proporcional, surgindo, então, o princípio da proporcionalidade.

A etapa de contextualização histórica é essencial para a compreensão do princípio da proporcionalidade, tendo em vista o vínculo entre o referido princípio e a trajetória de desenvolvimento do Estado.

Inicialmente, o princípio da proporcionalidade visava garantir a liberdade individual em face a interesses estatais, isto é, tratava-se de um instrumento de

¹⁴ MORAIS, José Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 106.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 260-161.

controle de poder, mas, de acordo com a evolução do Estado e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, o seu entendimento foi sendo ampliado.¹⁶

Desta forma, diante da maior abrangência do princípio da proporcionalidade, uma vez que nas constituições contemporâneas, buscou-se uma harmonização do interesse individual com o supra-individual, prevendo, inclusive, limites aos direitos fundamentais.¹⁷

Destaca-se, que princípio da proporcionalidade teve seu desenvolvimento na Alemanha, sendo inspirado em pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram as ideias de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores.

Sobre o princípio da proporcionalidade, vejamos o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.¹⁸

No Brasil, vislumbramos semelhante abordagem para a proporcionalidade, ou seja, o legislador deve estar atento a adequação e necessidade ao redigir diplomas legais, buscando não limitar direitos fundamentais ou limitá-los minimamente, a fim de dar a eficácia e validade a seus respectivos dispositivos legais.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso¹⁹, o princípio da proporcionalidade trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Segundo o ministro, em termos práticos, a proporcionalidade permite ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja

¹⁶ STRECK, 2009, p. 63.

¹⁷ MARTINS, 2006 apud STRECK, 2009. p. 64.

¹⁸ Decisão BVerfGE 30 apud STRECK, 2009. p. 66.

¹⁹ BARROSO, 2013, p. 328-329.

exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).

Para Maria Luiza Schafer Streck²⁰, o princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites mínimos e máximos de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre buscando as funções e os fins caracterizadores do Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista a abordagem dada ao princípio da proporcionalidade como sendo um super-princípio, capaz de exercer a discricionariedade, prefere-se por admitir duas faces da proporcionalidade, primeiramente, como princípio da proibição de excesso, no seu viés “negativo” e, sucessivamente, como princípio da proibição da proteção insuficiente, no seu viés “positivo”.

É importante frisar que o princípio da proporcionalidade está diretamente ligado a outros princípios, sejam eles o devido processo legal, o contraditório e a igualdade, sendo que uma lei ou decisão deixa de ser proporcional, quando viola esses princípios, indo além ou aquém daquilo disposto na Constituição. Ora, se isso é correto, toda a proporcionalidade ou será pela via da proibição de excesso, ou pela proibição de proteção insuficiente.²¹

A dupla face do princípio da proporcionalidade orienta o intérprete na aplicação da lei, de modo a evitar que de tal operação (interpretação) resulte uma solução – qualificativa ou quantitativamente – excessiva para um dos interessados, bem como a fim de que melhor se potencialize o exercício de direitos fundamentais.²²

De modo mais simplificado, o autor afirma que a proporcionalidade se trata de um critério de interpretação voltado para a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Por isso, cumpre a missão de proibição do excesso, limitando ou mesmo afastando a validade de intervenções mais graves e/ou onerosas que o devido a determinado caso concreto; e, de outro lado, a de garantir a máxima efetividade dos direitos instituídos em favor de seu titular.²³

²⁰ STRECK, 2009, p. 65.

²¹ Ibid., p. 87.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da Lei 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 31.

²³ OLIVEIRA; COSTA, loc.cit.

Por conseguinte, Maria Ferreira Cunha²⁴ esclarece que a Constituição no Estado Democrático de Direito apresenta uma dupla face, do mesmo modo que o princípio da proporcionalidade, sendo que de um lado há os princípios fundamentais de defesa do indivíduo ante o poder estatal, os quais visam limitar o exercício do poder do Estado, a fim de eliminar o arbítrio e defender a segurança e justiça nas relações cidadão-Estado. De outro lado, com fito em tutelar efetivamente os direitos individuais e sociais, a proteção constitucional não deveria se bastar em proteger ataques estatais, mas também em face de ataques de terceiros, atuando amplamente na proteção de valores consagrados na Constituição.

Nesta perspectiva, percebe-se que o princípio da proporcionalidade serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater atos criminosos. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo.

Deve-se, portanto, analisar a dupla baliza dos direitos fundamentais, de modo que a interpretação da lei (material ou processual) seja a mais justa possível, uma vez que cada caso deve ser observado conforme suas peculiaridades, visto que o princípio da proporcionalidade visa alcançar aquilo que for mais razoável para com o caso concreto, pois, incansáveis vezes a coexistência entre os dois direitos em sua totalidade nem sempre será possível, dado que a unicidade de certos direitos se demonstra utópico.

2.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO

O princípio da proibição de excesso em sua origem era tratado como único sinônimo dos direitos fundamentais – pensamento advindo do liberalismo. Isto é, anteriormente, o objetivo basilar destes direitos era o de resguardar o indivíduo perante o Estado, uma vez que o Estado era visto como “inimigo” das liberdades individuais.

²⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 273.

Nota-se, que os direitos fundamentais surgiram inicialmente como limitadores do poder estatal, de modo que o constitucionalismo se baseava num conjunto de restrições do Estado para com o indivíduo, isto é, exigia do Estado um comportamento negativo, a fim de garantir a liberdade individual.²⁵

O princípio da proibição de excesso, também conhecido como *Übermassverbot* na doutrina alemã, está intimamente ligado ao garantismo penal negativo, o qual preza pela intervenção estatal mínima e, conseqüentemente, a máxima proteção das liberdades.

Segundo Ingo Sarlet²⁶, o dever de proteção do Estado pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação e direitos fundamentais de terceiros), sendo que esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção.

Hoje, o princípio da proibição de excesso é considerado tão somente uma das facetas dos direitos fundamentais, operando-se, portanto, no momento de criação do direito, através do poder legislativo, como no momento de sua aplicação, feita por juízes e tribunais.

Para Hassemer²⁷, é a Constituição que deve impor os limites para a intervenção penal na luta contra o delito, devendo o Estado respeitá-los ao exercer seu poder punitivo.

Ademais, vale destacar que a hierarquia concebida na formação de bem jurídico – formada a partir da noção de direitos fundamentais – será responsável por fixar a medida de proporcionalidade adotada na intervenção penal, deste modo, o valor de um bem jurídico contribuirá diretamente para a determinação dos limites de legitimação da intervenção estatal na liberdade de atuação da sociedade.²⁸

²⁵ STRECK, 2009, p. 88.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista da AJURIS**. n. 98. Porto Alegre: AJURIS, 2005. p. 131-132.

²⁷ HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber delitos que no afectem a um bien jurídico penal?. p. 97 In: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

²⁸ STRECK, op. cit., p. 90.

2.4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE

O Estado ao atuar ineficientemente na proteção de direitos mínimos assegurados pela Constituição Federal de 1988, deixa de proteger os direitos fundamentais, vislumbra-se, portanto, a necessidade de existir o outro lado da proteção estatal, o da proibição de proteção insuficiente.

Nesse sentido, extrai-se da obra de Lenio Luiz Streck²⁹:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot).

Desta forma, conforme elenca João Baptista Machado³⁰, o Estado Democrático de Direito não exige somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas, também, uma defesa contra qualquer poder social de fato.

Ressalta-se que, no decorrer do séc. XX, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, assumiu-se uma nova fase, a qual implicou em um novo processo de proteção dos direitos, tendo em vista que o contexto da complexidade social deveria ser apreciado sob a perspectiva da proteção dos direitos do cidadão.

Deixou-se de lado a concepção única advinda da teoria garantista clássica liberal-iluminista, que enxergava apenas a vertente da proibição de excesso, decorrente do princípio da proporcionalidade, sucedendo-se, assim, um novo entendimento acerca da proporcionalidade, qual seja a proibição de proteção insuficiente.

²⁹ STREK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

³⁰ MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

Assim, no que tange a nova perspectiva do princípio da proporcionalidade, qual seja, a proibição de proteção insuficiente, vejamos:

Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, frequentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas.³¹

Deste modo, assentou-se que o significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas, também, de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Nesse panorama, o jurista Dieter Grimm³² elucida:

[...] enquanto os direitos fundamentais como direitos negativos protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas sim de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal.

Destaca-se, que o princípio da proibição de proteção insuficiente não alterou o destinatário dos direitos fundamentais, isto é, esse princípio continua a obrigar o Estado, e tão somente o Estado.

Com isto, verificamos que o ente estatal está obrigado não apenas a se abster de certas ações opostas aos direitos do cidadão, mas também a agir quando os bens jurídicos protegidos por esses direitos estiverem ameaçados por entes privados.

Conforme exposto, vemos o caráter dúbio de caracterização do Estado, uma vez que de um lado existe o posicionamento que considera o Estado como um “inimigo” em potencial dos direitos fundamentais e, sob outra perspectiva, há a concepção que reconhece o Estado sendo o ente competente a assegurar os direitos

³¹ MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005. p. 271.

³² GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e ampliações específicas**. Tradução de Eduardo Mendonça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 156.

do cidadão contra as constantes ameaças de violação desses direitos, sendo reconhecido, portanto, como um “amigo” dos direitos fundamentais.

Portanto, o princípio em questão está diretamente relacionado com o dever de proteção do Estado, no entanto, também é necessário negar qualquer tipo de ação que venha a violar os direitos fundamentais, ou seja, o Estado, ao proteger o indivíduo do ataque de terceiros, não pode se tornar arbitrário.

2.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A RECEPÇÃO DA DUPLA FUNCIONALIDADE

É de suma importância demonstrar que a Constituição Federal de 1988 recepcionou amplamente o duplo viés do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a mesma possui normas que outorgam direitos, mas, também, normas de caráter proibitivo.

Acerca da relevância do princípio da proporcionalidade na ordem constitucional, vejamos:

[...] o princípio da proporcionalidade não padece de lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional. A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.³³

A Constituição ao elencar o rol de direitos fundamentais a serem respeitados, instituiu limites negativos de atuação estatal, entretanto, reforçou na mesma medida a necessidade de limites positivos de atuação estatal.

Neste sentido, Paulo Dantas³⁴ afirma que:

[...] o conteúdo das Constituições sofreu considerável incremento com o passar do tempo, deixando de conter apenas as normas essenciais de

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 396.

³⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1. p. 29.

regência do Estado e de proteção do indivíduo contra arbitrariedades do poder público, como se dava à época do liberalismo clássico, passando a conter não só um extenso rol de princípios e regras de direito social e econômico, além de disciplinar praticamente todos os ramos do Direito.

Porém, deve-se salientar que ao contrário de Estados como Portugal e Alemanha, os quais preveem expressamente em suas respectivas Constituições o princípio da proporcionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro essa previsão é implícita.³⁵

Há de ressaltar, que nosso sistema constitucional possui como núcleo central a dignidade da pessoa humana, a qual vem disposta no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Para Marcelo Novelino³⁶, a dignidade da pessoa humana, impõe-se como referencial para os demais valores proclamados pela Lei Maior, atuando como importante diretriz hermenêutica cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento.

Nesta seara, a dignidade da pessoa humana pode ser igualmente pensada em termos de condutas positivas por parte do Estado, tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo, bem como da sociedade, na medida que todos são iguais em dignidade e como tais convivem em determinada comunidade ou grupo.³⁷

Dentro deste contexto, percebemos que no mesmo artigo 5º, da Constituição Federal, existem normas constitucionais de defesa a abusos estatais, mas também mandamentos constitucionais de intervenção do legislador penal.³⁸

Desta forma, o artigo 5º, da Constituição Federal, ao dispor sobre direitos e deveres individuais e coletivos a serem observados por todos, destacando os direitos à vida, liberdade, igualdade e segurança, traz à tona tanto a perspectiva da proibição de excesso, como aquela da proibição de proteção insuficiente.

A fim de demonstrar a presença do princípio da proibição de excesso, destacamos alguns incisos do dispositivo anteriormente citado. Assim, vejamos:

³⁵ BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 144.

³⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 207

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 102-106.

³⁸ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;³⁹

Vislumbra-se, que a nossa Constituição quer impedir que o sujeito seja privado de sua liberdade sem o devido processo legal, igualmente quer assegurar a ampla defesa e contraditório no processo judicial ou administrativo, ainda, quer garantir que o sujeito somente será preso se estiver em flagrante delito ou na presença de ordem escrita e fundamentada, além de assegurar a presunção de inocência. Logo, o texto constitucional visa proteger o indivíduo das arbitrariedades estatais.

Por conseguinte, ainda no que se refere ao artigo 5º, da Constituição Federal, mas agora com fito em demonstrar a presença do princípio da proibição de proteção insuficiente, destacamos alguns incisos. Destarte, vejamos:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;⁴⁰

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

Diante dos incisos elencados, observa-se que o texto constitucional quer do mesmo modo inibir o ataque de terceiros, com o propósito de resguardar a sociedade em geral das possíveis violações de direitos fundamentais.

Ainda, nota-se que o inciso LXI do artigo 5º, da Constituição Federal foi citado por duas vezes, de modo que tal circunstancia ocorreu pelo fato do mesmo possuir simultaneamente uma dupla carga valorativa, tanto decorrente da proibição de excesso, quanto da proteção de proibição insuficiente.

À vista disso, fica evidenciado que a nossa Constituição além de querer coibir condutas abusivas por parte do Estado, ela também pretende coibir a prática de condutas lesivas por parte terceiros, as quais venham a atingir uma vítima em específico, bem como a sociedade.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, em voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu o duplo viés do princípio da proporcionalidade presente em nossa Constituição:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas

adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.⁴¹

Assim, a Constituição não deve ser vista de modo unilateral, preocupada unicamente com a defesa do indivíduo, mas também com a defesa dos direitos fundamentais de toda uma sociedade, vez que estamos sob a égide de um novo paradigma constitucional.⁴²

Concluimos, então, que o duplo viés do princípio proporcionalidade foi recepcionado em nossa Constituição, tendo em vista a ampliação do rol de bens elevados à categoria de constitucionais, com a acolhida dos direitos de primeira, segunda e terceira geração. Diante desta extensão, verifica-se que a aplicação do direito penal e processual penal ganha suporte constitucional, sem, porém, haver prejuízo ao clássico cinturão de garantias do indivíduo em face do poder punitivo.⁴³

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas corpus nº 102087. Impetrante: Renato de Sales Pereira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085710/habeas-corpus-hc-102087-mg-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

⁴² CUNHA, 1995. p. 306.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.** Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

3 DA PRISÃO PREVENTIVA

Após detida análise ao duplo viés do princípio da proporcionalidade, partiremos para o esclarecimento do instituto da prisão preventiva e, em seguida, será apresentado as diversas interpretações do que seja a ordem pública, tendo em vista a sua amplitude e abrangência, sendo que, ao final, mostraremos a interpretação mais coerente da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública.

De início, insta ressaltar que a prisão preventiva é uma prisão de natureza cautelar, visto que ela pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, antes da sentença penal condenatória com trânsito em julgado, contanto que sejam preenchidos os requisitos legais que possibilitem a sua aplicabilidade.

O artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, ao dizer que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” faz alusão ao instituto da prisão preventiva.

Para Eugênio Pacelli⁴⁴, a prisão preventiva poderá ser decretada em três situações diferentes, sendo que a primeira acontece quando se decreta a prisão em razão da substituição à medida cautelar que esteja sendo descumprida; a segunda, trata-se da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares; a terceira ocorre quando a prisão é decretada de modo autônomo e em qualquer momento da investigação ou do processo.

Ressalta-se que, em todas as situações se exige a presença das circunstâncias fáticas e normativas do artigo 312, do Código de Processo Penal, mas apenas nas duas últimas situações se exigirá as condições elencadas no artigo 313, do mesmo diploma legal.

Deste modo, analisemos o principal dispositivo do Código de Processo Penal que trata sobre a prisão preventiva:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 557.

assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).⁴⁵

Ao observar o dispositivo legal anterior, percebe-se que o mesmo dispõe sobre os requisitos necessários para se decretar a prisão preventiva, sendo que a primeira parte do seu texto se refere ao *periculum libertatis*, que constituiu os pressupostos cautelares da prisão preventiva, quais sejam, a garantia da ordem pública ou ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Ainda, a segunda parte do referido dispositivo diz respeito aos pressupostos probatórios da prisão preventiva, integrando o *fumus delicti*, este que consiste na aparência do delito, isto é, a prova de existência do crime e indício suficiente de autoria.

Deste modo, esclarece que para se impor a prisão preventiva, basta estar presente apenas um pressuposto cautelar, conjuntamente a presença de ambos os pressupostos probatórios.

Assim, fica evidenciado que a prisão preventiva somente estará abarcada por fundamento constitucional quando houver sido demonstrada a presença de requisitos específicos da referida medida cautelar, sendo que, se houver outra medida menos invasiva a se fazer, não será cabível a prisão.

Nesta senda, sobre a natureza da prisão preventiva:

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, 282, §6º).⁴⁶

Além disso, segundo Pacelli⁴⁷, a prisão preventiva revela sua cautelariedade na tutela da persecução penal, visto que visa impedir eventuais condutas praticadas

⁴⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Prática Forense Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 159.

⁴⁷ OLIVEIRA, 2016. p. 559.

pelo alegado autor e/ou por terceiros que possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo.

É importante frisar que o presente trabalho tratará especificamente da circunstância fática referente à garantia da ordem pública, a qual, pode vir a fundamentar a prisão preventiva, desde que, no caso concreto, se apresente os pressupostos probatórios, além das condições de admissibilidade da prisão.

Neste contexto, o estudo em questão procurará expor as divergências existentes acerca do fundamento descrito em lei, qual seja, a ordem pública, além de buscar a melhor interpretação, à luz da dupla funcionalidade dos direitos do cidadão.

3.1 FUNDAMENTO: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A prisão preventiva imposta para garantir a ordem pública é um dos temas mais controvertidos nos tribunais e até mesmo na doutrina. A referida expressão além de ter um sentido amplo, não possui nenhuma definição específica em nosso ordenamento jurídico, mas mesmo assim, a expressão foi recepcionada pela Lei 12.430/11.

O sistema jurídico brasileiro é primordialmente positivista, assim, a ausência de definição legal quanto à expressão ordem pública, traz grande desconforto aos operadores do Direito, tendo em vista a abrangência da expressão.

Ao analisar os demais sistemas jurídicos, percebe-se que a maioria dos países também possuem um fundamento semelhante ao da ordem pública para se decretar a prisão preventiva, entretanto, diferentemente do que ocorre no Brasil, existe ao menos uma referência do que significa a expressão.

Para exemplificar, tem-se o Direito Lusitano, o qual traz o que seja garantir a ordem pública no que concerne à aplicação das medidas cautelares, assim, vejamos a redação do artigo 204, alínea “c”, do Código de Processo Penal Português:

Art. 204. Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida:
(...)

c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.⁴⁸

Nos últimos anos, sob a perspectiva de Pacelli⁴⁹, a jurisprudência brasileira tem optado por um entendimento semelhante a aquele do Direito Lusitano, vez que a noção de ordem pública estaria baseada no risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e sua repercussão.

Para Antônio Scarance Fernandes, a prisão para garantia da ordem pública geralmente é invocada para casos em que o acusado vem reiterando a ofensa à ordem constituída, entretanto, não é fácil justificar doutrinariamente esta prisão como cautelar.

Mas, o autor anterior, ao analisar criticamente a prisão preventiva a fim de garantir da ordem pública, discorre que parte da doutrina entende que o instituto configura uma verdadeira medida de segurança e que, nela, haveria a antecipação da pena.

Porém, o mesmo autor conclui que embora seja difícil afirmar a natureza cautelar da prisão preventiva para garantir da ordem pública, a mesma é prevista nos mais diversos ordenamentos ao redor do mundo, tendo como objetivo impedir que o acusado continue a praticar delitos, de modo que, no cenário nacional, o que se tem feito é restringi-la aos crimes de maior gravidade.⁵⁰

Segundo Pacelli⁵¹, de imediato se percebe que a prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

⁴⁸ PORTUGAL. **Código de Processo Penal Português**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=199&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 03 abr. 2018.

⁴⁹ OLIVEIRA, 2016. p. 563.

⁵⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 329.

⁵¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 562.

Ainda, em um exercício de dialética, Pacelli apresenta um argumento contrário a prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública, dizendo que a permissa quase incontornável da referida medida se verifica na violação do princípio da presunção de inocência, posto que ao fundamentar o decreto preventivo em razão do risco de novas infrações penais ou ao sustentar a sua justificação em decorrência da intranquilidade causada pelo crime, de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade.

Entretanto, o referido autor contra argumenta, afirmando que, excepcionalmente, o princípio da presunção de inocência haverá de ser flexibilizado quando estiver em risco valores constitucionais igualmente relevantes.

De modo semelhante, Basileu Garcia⁵² entende que a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública visa, em linhas gerais, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou devido à liberdade que possui encontra estímulos a praticar novamente aquela conduta ilícita anteriormente praticada.

Para Paulo Rangel, a ordem pública, deve ser entendida a partir de uma concepção de paz e tranquilidade social existente no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estivessem presentes os demais requisitos legais.⁵³

O autor anterior ainda afirma que a ordem pública não é um conceito vago, visto que a vagueza, muitas vezes, está na decisão e não no conceito de ordem pública, sendo que quando o juiz diz que “*decreta a prisão para garantia da ordem pública*”, a vagueza e a imprecisão não estão no conceito de ordem pública, mas na decisão do magistrado que não demonstra onde a ordem pública está ameaçada e agredida com a liberdade do acusado.⁵⁴

Em consonância, Fernando Capez considera que a prisão cautelar será decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não

⁵² GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945. p. 16.

⁵³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 807.

⁵⁴ RANGEL, loc. cit.

se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social, visto que a demora da persecução penal põe em risco a sociedade.⁵⁵

Assim, em linhas gerais, Fernando Capez⁵⁶ conclui que a decretação da prisão preventiva, buscando garantir a ordem pública, exprime o objetivo do Estado em impedir a ocorrência de novos crimes durante o curso de um processo.

Já para Mirabete⁵⁷, o conceito da ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

Sobre garantia da ordem pública, Guilherme Nucci⁵⁸ entende que:

Trata-se de hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

Entretanto, conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, não configuram justificativas legais suficientes para a decretação da prisão preventiva a busca por credibilidade à Justiça, nem tampouco a repercussão ou o clamor social. Neste sentido, vejamos:

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. **PRISÃO CAUTELAR**. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal

⁵⁵ CAPEZ; COLNAGO, 2014. p.160.

⁵⁶ CAPEZ; COLNAGO, loc. cit.

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 418.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. p. 658.

e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado [...]. 5. No caso, a custódia preventiva do paciente não foi decretada tão-somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública, ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao paciente. Trata-se de decisão que indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao modus operandi brutalmente incomum. Deveras, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade. 6. Ordem denegada.⁵⁹

Assim, ao analisar concepções do que seria ordem pública para aqueles doutrinadores que concordam com a manutenção da referida expressão, tem-se em comum que acautelar preventivamente o sujeito que praticou um delito serviria para evitar possíveis reiterações criminosas daquele indivíduo no seio da sociedade.

De modo a contrapor, veementemente, os entendimentos supracitados, apresenta-se o posicionamento de Aury Lopes Júnior, o qual entende que a prisão preventiva decretada com o fundamento de garantir a ordem pública seria inconstitucional, pois, segundo ele, este fundamento não é cautelar, vez que não tutela o processo.

Para Aury, as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o 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.⁶⁰

Assim, o autor supracitado afirma que uma medida só será cautelar quando se destinar unicamente a servir o processo de conhecimento, sendo a medida constitucional somente quando esta for verdadeiramente cautelar.

⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 111244. Impetrante: Alex José da Cruz. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ayres Britto. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000189543&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 847.

Ainda, nas palavras de Aury, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública se trata de uma grave degeneração, em razão de transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública.

O mesmo autor critica também o uso do Princípio da Proporcionalidade com o fito de justificar a aplicação de certas medidas cautelares, dizendo que essa invocação não passaria de uma manipulação discursiva do princípio em questão, vindo a ser invocado para fins punitivistas.⁶¹

No mesmo sentido, o ex-ministro Eros Grau criticou o uso do referido princípio em decisões judiciais durante seu voto no HC 95.009-4/SP, p. 41 e seguintes, assim, vejamos:

Tenho criticado aqui – e o fiz recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um “princípio” superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito”.

No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.

Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa permissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – não tem lugar em matéria penal e processual. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie.⁶²

⁶¹ LOPES JR., 2013, p. 851.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Discussão quanto à ilegalidade das prisões temporárias e preventivas**. Habeas Corpus nº 950094. Impetrante: Daniel Valente Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Assim, nota-se que Eros Grau defende a ideia de que não se deve prevalecer em nenhum momento o interesse da sociedade em face as prerrogativas do acusado, de modo que havendo conflito de preceitos, o direito à liberdade deve prevalecer.

Entretanto, criticamos aqui o posicionamento do ex-ministro, vez que não é nenhum pouco razoável se esquecer de olhar para as vítimas dos delitos, estas que, sendo sobreviventes, também devem ter o direito de ir e vir resguardado, de modo que o interesse da vítima e de toda a comunidade também devem ser levados em consideração nas decisões judiciais.

Destaca-se, que Aury⁶³ contesta o uso do argumento “credibilidade das intuições” a fim de fundamentar a prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública, visto que se trataria de uma falácia dizer que as instituições seriam ameaçadas pela prática de um delito, sendo que a prisão não seria instrumento apto para a necessidade de eventual proteção.

Ao prosseguir seu raciocínio, o mesmo autor argumenta que a prisão não poderia ser utilizada para legitimar os poderes públicos, de modo que afrontaria diretamente as conquistas democráticas, havendo assim, um evidente retrocesso.

Aury⁶⁴ também reprovava a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, dizendo que não estaria atendendo o processo penal e, tão somente, a função de polícia do Estado, algo alheio ao objeto e fundamento do processo.

No que tange a reiteração de delitos, o autor diz que a base da argumentação se baseia em um direito penal futuro, o qual viria a prever uma ação futura que poderia (ou não) ocorrer, sendo o objetivo evitá-la a qualquer custo. Todavia, o processo não estaria legitimado a essa pseudotutela do futuro, tendo em vista ser algo aberto e indeterminado.

Na mesma esteira, Maria Ignez Kato entende que:

A prisão como garantia da ordem pública rompe com a princípio da legalidade, pelo seu conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo. É exatamente nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica a possibilidade do exercício arbitrário das prisões, desrespeito aos direitos fundamentais, tronando legítimas decisões injustas e ilegais.⁶⁵

⁶³ LOPES JR., 2013. p. 852.

⁶⁴ Ibid., p. 853.

⁶⁵ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des) razão da prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 117.

Deste modo, o entendimento partilhado entre aqueles contrários a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, baseia-se no fato de que essa modalidade prisão estaria se distanciando da instrumentalidade da medida cautelar, vez que não visa primar pelo bom andamento do processo, servindo tão somente para fins de antecipação de pena.

Portanto, evidencia-se, como já foi dito, que no âmbito jurídico nacional, há grande divergência sobre o significado da expressão referida, e igualmente existe desacordo com relação a que momento se deve realmente aplicá-la para que a medida cautelar seja justa e constitucional.

Por todo o exposto, verifica-se que a prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública deve ser analisada através do retrospecto de dupla funcionalidade dos direitos do cidadão, para que haja equilíbrio entre os pressupostos básicos, tanto do acusado, quanto da vítima ou da própria sociedade, dessa maneira, é imprescindível a aplicação de medidas cautelares com o instrumento devidamente arrazoado.

Assim, é imperioso o estudo do instituto e as consequências advindas de sua aplicação, a fim de se averiguar possíveis danos ao jurisdicionado, bem como os benefícios e avanços que esse sistema de julgamento pode gerar a sociedade.

3.2 JURISPRUDÊNCIAS

Conforme já exposto, a circunstância que fundamenta a prisão preventiva, visando garantir a ordem pública é um tanto quando controvertida, pois, a sua interpretação, às vezes, pode ultrapassar o limite pelo qual o legislador pretendia com o seu uso, possibilitando a ocorrência de arbitrariedades no momento da decretação da prisão.

Concordamos que, devido a uma interpretação ampla da expressão ordem pública, possibilita a ocorrência de excessos, entretanto, a referida medida cautelar se faz necessária, visto que não podemos deixar de lado a defesa da sociedade, isto é, o interesse coletivo.

Neste sentido, notamos a importância de interpretar e também aplicar a prisão preventiva sob fundamento da ordem pública à luz do princípio da proporcionalidade,

uma vez que não estará cometendo excessos, visto que estará respeitando direitos do acusado, mas, do mesmo modo, preservando a sociedade.

Dentro deste contexto, é impreterível analisar as jurisprudências das cortes superiores brasileiras, como também se faz necessário vislumbrar como as cortes internacionais e estrangeiras tratam a temática abarcada.

3.2.1 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

De início, ressalta-se que foram analisadas diversas decisões colegiadas dos tribunais brasileiros, a fim de verificar qual o entendimento predominante em âmbito nacional, no que tange a prisão preventiva sob fundamento da ordem pública à luz do princípio da proporcionalidade. Esclarece, porém, que apenas algumas decisões serão expostas no presente trabalho, tendo em vista o propósito apenas exemplificativo.

Assim, vejamos recente decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. **PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.** 1. A decisão que decretou a prisão preventiva não ostenta fundamentação suficiente, na perspectiva da garantia da sociedade contra eventual reiteração criminosa, à míngua de não haver elementos de ordem material que sinalizem para a quebra da ordem pública, na hipótese de liberdade da paciente, sobretudo em se tratando de ré primária com imputação de crime tentado, cuja pena, se condenada, lhe imporá um regime de cumprimento distinto do regime fechado, tornando a segregação cautelar, desta forma, violadora do princípio da proporcionalidade. 2. A prisão preventiva é regida pelo princípio da necessidade, somente devendo ser decretada em último caso, quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º - CPP). 3. Concessão parcial da ordem de habeas corpus. Termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. ⁶⁶

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quarta Turma. Habeas Corpus nº 492712220144010000. Impetrante: Siomaria dos Santos Gomes. Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara de Teresina/Piauí. Relator: Juiz Fed. Alderico Rocha Santos. 2015. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178070193/habeas-corpus-hc-492712220144010000>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

Na jurisprudência acima, percebe-se que o tribunal denegou a manutenção da segregação cautelar pelo fato de não restar fundamentado suficientemente que a ré em liberdade poderia ensejar a quebra da ordem pública, isto é, não vislumbrando a perspectiva de eventual reiteração criminosa, posto que a acusada é primária e responde por crime tentado, de modo que não seria proporcional mantê-la presa.

Assim, percebemos que existem decisões em âmbito nacional, apesar de poucas, que utilizam do princípio da proporcionalidade com a finalidade de interpretar de modo o mais coerente a prisão preventiva sob fundamento da ordem pública.

Na mesma esteira, vejamos como entende o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. AMEAÇA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. **PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO.** FUNDAMENTOS IDÔNEOS DA DECISÃO JUDICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. POSSIBILIDADE. **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 2. É admitida a decretação da prisão preventiva em relação a crime doloso punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos, em situação de violência doméstica e familiar contra a companheira, a teor do art. 313, III, do CPP. 3. O Juiz de primeiro grau indicou, de forma idônea, a necessidade de garantia da ordem pública, de modo a evitar a prática de novos crimes pelo paciente, ante sua periculosidade. Destacou, para tanto, que o acusado "chegou em casa embriagado e proferiu ameaça de morte" contra a companheira, possuía armas de fogo, munição, faca e espada em sua residência, "não é a primeira vez que fatos semelhantes aconteceram" ; "em vez pretérita correu atrás [do enteado] com a espada nas mãos, ameaçando-o de morte" ; "a vítima já pleiteou a concessão de medida protetiva nos autos próprios" ; "há risco à integridade física da vítima, pois o acusado demonstrou ser violento" ; o acusado "registra antecedentes criminais pela prática de crimes de homicídio culposo e estupro, já tendo sido processado por crime de lesão corporal" . 4. Apesar de bem evidenciada a necessidade de garantia da ordem pública, na miríade de providências cautelares previstas nos arts. 319, 320 e 321, todos do CPP, a decretação da prisão preventiva será, como densificação do princípio da proibição de excesso, a medida extrema a ser adotada, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem aptas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado. 5. Assim, sob a influência do princípio da proporcionalidade e considerando: a) a pena aplicável aos crimes de ameaça e posse de arma; b) a prática de crimes graves em passado longínquo (há mais de 20 anos); c) o prazo da prisão cautelar do paciente (5 meses); d) a sua idade (quase 60 anos); e) a decretação de medida protetiva que já o impede de se aproximar da companheira e dos familiares dela; f) a manifestação das vítimas, no sentido de que o crime ocorreu em contexto de desentendimento familiar, ocasionado pela dependência química do enteado do paciente, é adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, para a mesma proteção da ordem pública (evitar a prática de novas infrações penais - art.

282, II, CPB). 6. Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente, com fulcro no art. 319, I, III, V, do CPP, pelas seguintes medidas: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixados pelo Juízo de primeiro grau, para informar seu endereço e justificar atividades; b) proibição de manter contato com as vítimas; c) recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas (Grifo nosso).⁶⁷

Nessa jurisprudência, se condensa o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, sendo que, primeiramente, a corte entende que a utilização da prisão preventiva, deve-se pautar sempre na excepcionalidade, tendo vista que deverá ser utilizada apenas em *ultima ratio*.

Ainda, a corte entende que a prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública deve ser aplicada nos casos em que haja a possibilidade de reiteração delitiva, tendo em vista a periculosidade do sujeito, conjuntamente da gravidade do fato, isto é, se essas circunstâncias forem suficientemente demonstradas, elas serão justificativas aptas para acautelar preventivamente o sujeito.

Deste modo, percebemos que a prisão preventiva sob fundamento da ordem pública tem sido utilizada com o objetivo de impedir que o sujeito em liberdade cause um mal maior a sociedade, isto é, reiterando a prática criminosa, a fim de evitar que outras pessoas venham a ser vítimas de suas ações delituosas.

Além disso, na referida jurisprudência, nota-se que apesar do caso concreto apresentar as circunstâncias ensejadoras do decreto prisional, faz-se o uso do princípio da proporcionalidade, inclusive indicando uma de suas balizas, qual seja, a proibição de excesso, vez que, após analisar toda a conjectura factual, não se vislumbrou razoável acautelar o réu preventivamente.

Ademais, acerca do tema, vejamos jurisprudência advinda do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. LEGITIMIDADE. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. REINCIDÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I – A prisão cautelar

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 313128. Impetrante: Leonardo Fogaça Pantaleão. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178411143/habeas-corpus-hc-313128-sp-2014-0345096-7>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

foi decretada para garantia da ordem pública, ante a gravidade dos fatos narrados na Comunicação de prisão em flagrante - a demonstrar a periculosidade do paciente, pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito, e, ainda, pela circunstância de ser reincidente em crime de mesma natureza. II – Essa orientação está em consonância com o que vêm decidindo ambas as Turmas desta Corte, no sentido de que a periculosidade do agente e a reiteração delitiva demonstram a necessidade de se acautelar o meio social, para que seja resguardada a ordem pública, e constituem fundamento idôneo para a prisão preventiva. III – Habeas corpus denegado (Grifo nosso).⁶⁸

À vista disso, nota-se que Superior Tribunal de Justiça possui entendimento análogo ao Supremo Tribunal Federal e, como dito em capítulo anterior, exclui a questão da repercussão do crime ou clamor social como justificativas legais para a decretação da prisão.

Concluimos, então, que os tribunais superiores brasileiros possuem entendimento consonante com aquele expressado na doutrina majoritária, vez que tem optado pela noção de que a possibilidade de infringir a ordem pública seria o risco ponderável a reiteração criminosa, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato.

3.2.2 JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

Com o objetivo de tornar mais rica a pesquisa, traremos o entendimento jurisprudencial da corte superior alemã acerca da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública à luz do princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva de um caso concreto julgado pela corte superior alemã, o qual foi descrito no livro Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Inicialmente, vale ressaltar que na Alemanha, assim como ocorre no Brasil, também existe uma relação de tensão entre o direito do indivíduo à liberdade pessoal,

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 136255. Impetrante: Antônio Naziel da Silva Vieira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000318833&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

garantido pelo artigo 2º, inciso II e artigo 104, da Constituição da República da Alemanha, e as inegáveis necessidades de uma efetiva persecução penal.

Analisaremos uma relevante decisão do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão proferida em 15 de dezembro de 1965, em que um almirante (Wencker) moveu uma reclamação constitucional contra a ordem de prisão preventiva prolatada pelo Tribunal Estadual de Hamburg e confirmada pelo Superior Tribunal Estadual de Hamburg, alegando violação de seu direito fundamental à liberdade.⁶⁹

A ordem desta prisão tinha como base o artigo 112, inciso IV, do Código de Processo Penal Alemão, o qual prescrevia que, se a acusação fosse de homicídio qualificado, a prisão poderia ser decretada, independentemente da presença dos rígidos pressupostos previstos em lei, vez que o reclamante estava sendo acusado por tal delito, praticado durante a Segunda Guerra Mundial.⁷⁰

A corte alemã julgou a reclamação constitucional procedente, revogando a decisão de última instância e devolvendo os autos para nova decisão, visto que verificou a inconstitucionalidade da interpretação do artigo 112 do Código de Processo Penal Alemão, feita pelos tribunais instanciais, sendo que uma interpretação orientada pelos direitos fundamentais acarretaria uma leitura sistemática dos dispositivos, trazendo à pauta o critério da proporcionalidade.⁷¹

Nesse sentido, a corte alemã considerou que o meio de intervenção infligido ao reclamante era desnecessário e, portanto, desproporcional em relação ao propósito legislativo processual penal, de esclarecer a prática do delito, garantindo-se a execução posterior da sanção prevista pela lei penal material.⁷²

Na sequência, a corte propõe que a solução razoável para o conflito entre dois princípios de igual importância ao analisar um decreto preventivo, seria a adoção do princípio da relatividade. Neste sentido, vejamos:

[...] a prisão preventiva deve ser dirigida pelo princípio da relatividade, tanto no momento da ordem quanto no momento de seu cumprimento; a intervenção na liberdade somente pode ser aceita se e na [exata] medida em que, por um lado, existirem dúvidas sérias e fundamentadas quanto à inocência do suspeito, apoiadas em indícios concretos, e por outro, se a

⁶⁹ MARTINS, 2005, p. 309.

⁷⁰ Ibid., p. 310.

⁷¹ MARTINS, loc. cit.

⁷² MARTINS, loc. cit.

reivindicação legítima da comunidade estatal de um esclarecimento total do delito e de rápida punição do infrator não puder ser assegurada de outra forma senão pela privação provisória da liberdade do (suposto) infrator.⁷³

Na tradição germânica, a proporcionalidade é igualmente concebida no campo jurídico de “relatividade” (*Verhältnismässig*), vez que determina a busca de uma solução compromissada, isto é, respeitando-se mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, e procurando desrespeitar o mínimo ao outro, sem jamais lhe faltar minimamente com o respeito, isto é, sem ferir a dignidade humana, a essência do Estado Democrático de Direito.⁷⁴

Há de ressaltar que atualmente na Alemanha, o princípio da proporcionalidade tem grau hierárquico de direito constitucional, sendo derivado do princípio do Estado de Direito, advém, portanto, da essência dos próprios direitos fundamentais, os quais, enquanto expressão da pretensão geral de liberdade do cidadão em relação ao Estado, só poderão ser restringidos pelo poder público quando a restrição for imprescindível para a proteção de interesses públicos.⁷⁵

Assim, para o Tribunal Constitucional Alemão, cabe ao juiz fazer a ponderação entre os princípios, devendo ter em mente o precípuo propósito e a verdadeira razão justificadora da prisão preventiva, isto é, a garantia de realização de um processo penal ordenado, a fim de assegurar a execução penal, de modo que se a prisão não for mais necessária em relação a esses propósitos, então ela será desproporcional.

Entretanto, a corte apresenta uma hipótese em que se ultrapassa qualquer dos propósitos anteriormente citados, qual seja, a prisão por perigo de reincidência, previsto no artigo 112, inciso III, do Código de Processo Penal Alemão, que se assemelharia a uma das hipóteses elencadas na lei brasileira, a prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública.

A corte argumenta que essa hipótese de prisão se justificaria pelo propósito em atender à proteção da coletividade. Assim, vejamos:

⁷³ MARTINS, 2005, p. 312.

⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

⁷⁵ MARTINS, op. cit., p. 312.

O fundamento de prisão por perigo de reincidência previsto no § 112 III StPO ultrapassa, em verdade, tal propósito [pretende fomentar um propósito mais abrangente], na medida em que tal fundamento é o bastante, tendo em vista um aspecto policial-preventivo, para o propósito de atender à proteção da coletividade contra outros delitos pelo meio da aplicação da prisão preventiva. Esse fundamento pode, contudo, ser [ainda] justificado pelo fato de que se está diante da proteção de uma parcela da população especialmente necessitada de proteção contra a ameaça de graves delitos com forte probabilidade de ocorrência.⁷⁶

Para a corte alemã, o princípio da proporcionalidade exige que o juiz nunca perca de vista o propósito da prisão preventiva, de modo que nem a gravidade do crime, nem tampouco a gravidade da (ainda não comprovada) culpa justificam por si só a prisão do acusado, menos ainda é suficiente a consideração da comoção da população, que acharia insuportável a liberdade do criminoso.

Entretanto, observa-se que a corte alemã entende que o sério temor de que o acusado venha a cometer novos delitos de natureza semelhante, conjuntamente a gravidade do delito poderia bastar para uma ordem de prisão, levando-se em consideração a proporcionalidade da medida.

Assim, o entendimento da corte baseia-se no fato de que havendo as circunstâncias anteriormente mencionadas, as quais devidamente fundamentadas, sendo outras medidas incabíveis, será aplicado o princípio da proporcionalidade, em busca de efetividade da persecução penal.

3.2.3 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

De início, insta destacar que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi internalizada pelo Brasil com a promulgação do Decreto nº 677 de 06 de novembro de 1992, sendo que somente após a Emenda Constitucional 45/2004, tratados internacionais internalizados no Brasil passaram a ter status de Emenda Constitucional.

Ressalta-se, que ao aderir a determinada Convenção, o Estado-Parte fica obrigado a assumir deveres de proteção e adoção de disposições no direito interno para efetivar os direitos e liberdades previstos na Convenção, bem como deverá

⁷⁶ MARTINS, 2005, p. 313.

submeter-se a jurisdição da Corte Internacional. Porém, cabe ao Estado, primeiramente, a responsabilidade pela proteção dos direitos, sendo que a atuação da Corte Internacional ocorrer de forma subsidiária e complementar.⁷⁷

Neste sentido, trazemos à tona julgados advindos da Corte Interamericana de Direitos Humanos referentes a casos que tratam da prisão preventiva, consubstanciados ao princípio da proporcionalidade, a fim delimitar qual o posicionamento da Corte no que se refere a temática.

Vejamos trecho do caso "Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay" julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

228. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

229. Al respecto, este Tribunal observa que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos (grifo nosso).⁷⁸

Na mesma esteira, vejamos o caso "Barreto Leiva Vs. Venezuela", também julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, Párrafo 122. Venezuela/2009

122. La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en

⁷⁷ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal** – A Constituição Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 105-106.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.⁷⁹

Em ambos os casos apresentados, percebemos que a Corte Internacional admite a prisão preventiva, porém, apenas excepcionalmente, a fim de evitar uma possível banalização no uso do instituto. Ainda, observamos que para a corte o decreto preventivo deverá se pautar sempre no princípio da proporcionalidade, a fim de que seja analisada a necessidade do decreto preventivo ponderando a relação entre a medida cautelar em si e o fim perseguido.

Ademais, em Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos verificou que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico em muitos países da região, de modo que esta disfuncionalidade do sistema de justiça penal é, por sua vez, a causa de outros problemas como a superlotação e a falta de separação entre processados e condenados.

Frente a isso, a Comissão Interamericana considera que o uso excessivo desta medida desta medida é contrário à essência do Estado Democrático de Direito, e que a instrumentalização fática do uso desta medida como uma forma de justiça célere, resultaria em uma espécie de pena antecipada, o que é abertamente contrária ao regime estabelecido pela Convenção e pela Declaração Americana. Por outro lado, julga o uso da detenção preventiva como um fator importante na qualidade da administração da justiça e, portanto, diretamente relacionado a democracia.⁸⁰

Além disso, no que tange especificamente ao tema abordado neste trabalho, a referida Comissão reconhece que os Estados devem manter a ordem pública e proteger do delito e da violência todas as pessoas sob sua jurisdição, reiterando que “independentemente da natureza ou gravidade do crime que se persiga, a investigação de todos os fatos e eventual processamento de determinadas pessoas

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas**. p. 2. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2018.

devem desenvolver-se dentro dos limites e conforme procedimentos que permitam preservar a segurança pública, no marco do pleno respeito aos direitos humanos”.⁸¹

Ainda, a Comissão reafirma aquilo mencionado no documento “Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”:

A privação preventiva da liberdade, como medida cautelar e não punitiva, deverá ademais obedecer aos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, na medida estritamente necessária numa sociedade democrática, que somente poderá proceder de acordo com os limites rigorosamente necessários para assegurar que não impeça o andamento eficaz das investigações nem se evite a ação da justiça, sempre que a autoridade competente fundamenta e ateste a existências, no caso concreto, dos referidos requisitos.⁸²

Assim, ao final do relatório, a Comissão Interamericana conclui que a natureza excepcional da aplicação da prisão preventiva deverá se pautar em critérios de necessidade e proporcionalidade, elementos os quais deverão estar presentes em toda a política criminal que leve em consideração os parâmetros do Sistema Interamericano.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas**. p. 3. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

⁸² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Princípios e Boas Práticas Para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em 01 de abr. 2018.

4 INTERPRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA À LUZ DA DUPLA FACE DOS DIREITOS DO CIDADÃO

A prisão preventiva por ter como objeto a liberdade e se tratar de um direito fundamental, para sua decretação deve se basear em decisão judicial devidamente fundamentada, de modo que se apresente ao menos um motivo concreto da necessidade da reclusão prévia daquele indivíduo, dentre os motivos elencados em lei.

Além do motivo concreto, é imprescindível a prova inequívoca de existência do crime e indícios suficientes de autoria, vislumbrando-se, assim, a legalidade da prisão.

Especificamente quanto à prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública, observa-se que sempre ocorrerá uma colisão entre dois direitos fundamentais, sendo eles, o direito à liberdade do agente criminoso e o direito à segurança da vítima e da própria sociedade, sendo que ao decretar a prisão sob esse fundamento é suma importância a decisão estar balizada na dupla funcionalidade do princípio da proporcionalidade, isto é, na proibição de excesso e na proibição de proteção insuficiente.

Ainda, a análise minuciosa do caso concreto trará elementos necessários para observar se criminoso estando em liberdade está de fato oferecendo risco a outros indivíduos, e não ao processo ou a lei penal, como ocorre nas outras hipóteses de decretação da prisão preventiva.

Deste modo, se evidencia que a dupla funcionalidade dos direitos do cidadão traz à tona a interpretação sob a perspectiva de ambas as partes no processo penal, tanto o lado do acusado, quanto da vítima e da sociedade.

O princípio da proporcionalidade surge como uma verdadeira pauta de interpretação, fornecendo critérios orientados para aplicação do direito, sobretudo em casos em que esteja presente eventual tensão entre normas constitucionais, como ocorre no caso da prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública.⁸³

Neste passo, pela lente (de interpretação) da proporcionalidade pode-se chegar à solução de casos concretos de maior complexidade, em que os interessados sustentem, cada um em seu favor, a aplicabilidade de normas de mesma hierarquia,

⁸³ OLIVEIRA; COSTA, 2013, p. 32.

para as quais os tradicionais critérios da cronologia, da especialidade e, enfim, da hierarquia não se mostrem suficientes, E isso se dá, não há dúvidas, quando o caso concreto, em suas infinitas possibilidades, propicia um debate jurídico capaz de se elevar ao nível constitucional.⁸⁴

Neste sentido, é imprescindível ressaltar:

Assim, se é certo que o acusado deve responder ao processo penal em liberdade, pois o cidadão se assegura a presunção de inocência e restringir-lhe a liberdade nesse momento representaria uma violação da proibição de excesso, também é certo que a vítima não pode ficar refém de ameaças concretas contra a sua vida ou atitudes intimidatórias igualmente concretas no sentido a vir a ser novamente vítima em sede de reiteração de comportamento por parte daquele que ainda responde ao processo, pois a Constituição lhe assegura o direito fundamental à vida, à integridade física e à segurança. Desta forma, abandonar a vítima à própria sorte diante de ameaças concretas por parte de um acusado presumidamente inocente, no curso de um processo penal moroso, é violar a proibição de proteção insuficiente aos direitos fundamentais da vítima.⁸⁵

A dupla funcionalidade dos direitos do cidadão nada mais é que o resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade, este que, sinteticamente, serve para determinar os limites mínimos e máximos da atuação estatal, buscando sempre atingir os propósitos de um Estado Democrático de Direito.

O âmbito em que mais se evidencia a aplicação do princípio da proporcionalidade se trata da esfera do Direito Penal, tendo em vista que, sendo responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais.⁸⁶

Claus Roxin⁸⁷, sugere a ideia de que os tribunais devem investir no princípio da proporcionalidade no momento de decidir sobre a admissibilidade de uma

⁸⁴ Ibid., p. 32.

⁸⁵ GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. Desvinculando-se da Dicotomia “Inquisitório Versus Acusatório” e Firmando-se o novo paradigma Constitucional para o Sistema Processual Penal Brasileiro, Funcionalizado pela Dupla Baliza de Proibição de Excesso e Proibição de Proteção Insuficiente. In. CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 287-288.

⁸⁶ STRECK, 2009, p. 65.

⁸⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 7 -8.

intervenção jurídico-penal. Menciona que “[...] uma normal penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos”.

Deste modo, ao aplicar a prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública, deve-se analisar a compatibilidade entre fins e meios, de modo a evitar as restrições desnecessárias aos direitos e às garantias fundamentais.

À vista disso, vale se referir a frase do renomado jurista alemão Walter Jellinek, propagada na obra de Suzana Barros⁸⁸, a qual expressa o conteúdo do princípio da proporcionalidade: “não se abatem pardais disparando canhões”.

Assim, no processo de elaboração e conceituação do princípio da proporcionalidade se consolidou a ideia de que o exercício do poder é limitado, sendo apenas justificadas restrições a direitos individuais, em face da Constituição, por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido.

Desta maneira, verifica-se que são três os requisitos intrínsecos que autorizam uma restrição de direitos individuais: a sua necessidade, a sua adequação e a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto.⁸⁹

Demonstra-se, que o princípio da proporcionalidade pressupõe fins e meios adequados para a proteção de bens jurídicos. Com isto, o magistrado ao decretar a prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública, deverá analisar se é razoável mobilizar a máquina penal para proteger determinado bem jurídico, ou melhor dizendo, se é razoável invadir a esfera de liberdade individual em prol dessa proteção, vislumbrando-se, aqui, a presença da proibição de excesso.⁹⁰

Ainda, é necessário levar em consideração que o Estado não pode agir de modo ineficiente, deixando de proteger direitos mínimos assegurados na Carta Magna, ascendendo-se, assim, o outro lado da proteção estatal, o da proibição de proteção insuficiente.

Conclui-se, que o Estado Democrático de Direito não exige apenas a defesa dos direitos e liberdades individuais em face do Estado, como ocorria no Estado Liberal, mas, também, a defesa contra terceiros.

⁸⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 44.

⁸⁹ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el processo penal**. Madrid: Colex, 1990.

⁹⁰ STRECK, 2009, p. 65.

De modo que, a prisão preventiva para garantia da ordem pública deve estar balizada numa perspectiva de proibição de “ir longe demais” (*Übermassverbot*), em contraponto com a proibição de “fazer muito pouco” (*Untermassverbot*), os quais são mecanismos vistos de ângulos diferentes.⁹¹

Desta maneira, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado não apenas contra excessos praticados pelo Estado (proibição de excesso), mas, diante dos mandamentos constitucionais de Estado Democrático, passa a ser obrigatório reconhecê-lo em um sentido mais extenso, devendo abranger o dever de proteção eficiente (proibição de proteção insuficiente) por parte do Estado no tocante às agressões advindas de terceiros contra direitos fundamentais.⁹²

Nesta senda, Lênio L. Streck observa que:

(...) a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: por um lado, protege o cidadão frente ao Estado; por outro, protege-o através do Estado e, inclusive, por meio do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais tutelados em face da violência de outros indivíduos (...).⁹³

Diante disso, cabe ao operador do direito o cuidado de observar os mandamentos constitucionais quando da aplicação da prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública, de modo a consagrar os princípios, visto que são mais eficientes à proteção dos direitos fundamentais. Pois, os princípios que eram antes apenas fonte supletiva para as constituições, passam a ser fundamento para todo o ordenamento jurídico, no patamar de princípios constitucionais, visto a relevância reconhecida amplamente na doutrina mais moderna.

Nesse sentido, sob o olhar do duplo viés do princípio da proporcionalidade, vejamos:

⁹¹ GRIMM, Dieter, 2007, p. 162.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Penal: Breves Notas a Respeito dos Limites e Possibilidade de Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Criminal: A Necessária e Permanente Busca de Superação dos “Fundamentalismos” Hermenêuticos. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 37-79. Jan./dez. 2008. Disponível em: <rt-online.mp.pr.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2016.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **O Dever de Proteção do Estado (Schutzpflicht):** O Lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e tráfico de entorpecente”?. p. 6-7. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em 25 set. 2016.

Daí se falar, tal como já se fez no Brasil, de uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.⁹⁴

Percebe-se, então, que a Constituição não deve ser vista unilateralmente, de modo que ao utilizar do decreto preventivo, deverá se preocupar tanto com a defesa do indivíduo quanto da sociedade.

Sendo assim, as garantias e direitos elencados no texto constitucional devem trazer balizas primariamente em favor ao acusado, mas trazendo também instrumentos de moderação, a fim de garantir a dignidade da vítima, para que esta não sofra com constrangimentos de revitimização, em decorrência das prerrogativas do réu.

Neste panorama, ainda que se admita como regra o direito de liberdade do acusado durante o curso do processo, primando, pelo princípio da proibição de excesso, em caráter excepcional, deve-se considerar o decreto preventivo como um efeito da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais da vítima.⁹⁵

Assim, se é certo que o processo penal deve ser utilizado como freio e possível arbítrio estatal e por isso as garantias para o acusado são fundamentais, também é certo que ele deve, em certa medida, sob uma interpretação restritiva, atuar para garantir a segurança do cidadão. Por isso, a preocupação do constituinte brasileiro em conjugar lado a lado no caput do artigo 5º, da Constituição Federal, o direito à vida, liberdade e segurança.⁹⁶

Por isso, é impreterível haver o equilíbrio no tratamento com as partes envolvidas, e, em cada caso concreto, realizar a devida ponderação de direitos e garantias entre acusado, vítima e sociedade, a fim de que haja o mínimo de prejuízo a elas.

⁹⁴ SARLET, 2012 apud GUARAGNI; SANTANA, 2016, p. 163.

⁹⁵ ALMEIDA, Marcus Alexandros Antunes. Proibição de Excesso na Prisão Preventiva. In: FAYET JR. et.al. **Ciências Penais e Sociedade Complexa II**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 259-274.

⁹⁶ GUIMARÃES, 2016, p. 291.

4.1 SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO

Neste ponto, iremos abordar as interpretações a respeito da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública que não se mostram coerentes perante o princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição de excesso.

Às vezes, a credibilidade à Justiça é utilizada como argumento para decretação da preventiva fundada na garantia da ordem pública, devido à gravidade e intensidade do dolo com que o crime foi praticado, ou ainda, pela repercussão que o delito causou no meio social.

Entretanto, o argumento do decreto preventivo que visa dar credibilidade à Justiça se mostra um tanto quanto irrazoável sob a análise do princípio da proporcionalidade, vez que estaria se fazendo o uso arbitrário do instituto, diante do excesso perpetrado pelo poder judiciário ao restringir a liberdade de um indivíduo por almejar credibilidade às instituições públicas por parte da sociedade.

Ademais, igualmente se mostram incoerentes as alegações de que decreto preventivo se faz necessário em razão da repercussão causada pelo crime no meio social ou pelo clamor da sociedade por uma punição célere, tendo em vista que novamente o poder judiciário estaria se excedendo.

Assim, esses argumentos utilizados para fundamentar a prisão preventiva, evidenciam que Estado está sendo excessivamente coativo em suas ações, além de estar agindo, nos dizeres de Canotilho⁹⁷, “em nome de interesses públicos não constitucionalmente protegidos”.

Portanto, deve-se cuidar com a permissividade no agir estatal, especificamente no que tange as decisões judiciais, principalmente se tratando da restrição da liberdade de um indivíduo, vez que estaríamos diante de uma violação ao princípio da proibição de excesso, este que foi amplamente recepcionado por nossa Constituição Federal, conforme demonstrado em capítulo anterior.

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 458.

4.1 SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Por fim, trataremos das interpretações a respeito da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública que não observam o princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição de proteção insuficiente.

Há quem seja contrário a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, pelo fato da mesma não servir para tutelar o processo, de modo que a referida prisão se distanciaria da sua essência, havendo uma suposta presunção de culpabilidade, contrariando a Constituição Federal.

Entretanto, essa interpretação do instituto, a qual o torna inconstitucional, não nos parece coerente, de modo que não vislumbra a outra face do princípio da proporcionalidade, qual seja, a proibição de proteção insuficiente, visto que além de proteger o processo, se faz necessário proteger também a vítima e a coletividade de possíveis reiteraões criminosas.

Assim, ainda que possa compreender o processo penal como sendo primordialmente um instrumento de contenção de poder e, também, prioritariamente, um conjunto de garantias para o acusado, também não há como olvidar sua outra faceta, de instrumentalização do direito penal e, portanto, de contenção de abusos, inclusive daqueles que possam se originar do cidadão acusado, em favor da proteção de direitos fundamentais dos demais cidadãos-vítimas, ou seja, opera também no plano horizontal, das relações entre cidadãos e não apenas deste com o Estado.⁹⁸

Nesta esteira, observa que o processo penal exerce uma função na política criminal, por meio das medidas cautelares, as quais podem implicar na violação da presunção de inocência, razão pela qual o risco dessa violação só se legitima, como se refere Maria Fernanda Palma⁹⁹, “até o ponto em que o Processo Penal funcione como controle das reações privadas expressivas das pretensões individuais e sociais e realize a elevação da discussão sobre o crime concreto para um plano de diálogo entre arguido e a sociedade”.

Além de todo o exposto, há quem critique a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública pelo fato da mesma ser utilizada como medida de

⁹⁸ GUIMARÃES, 2016, p. 294.

⁹⁹ PALMA, 2004 apud GUIMARÃES, 2016. p. 294.

segurança pública e não com objetivo de acautelar o processo, de modo que a função de polícia do Estado seria algo alheio ao objeto e fundamento do processo.

Contudo, não nos parece nenhum pouco coerente dizer que a segurança pública não é assunto do poder judiciário, tendo em vista que o mesmo representa o Estado, exercendo a exclusivamente a jurisdição, além do mais, a segurança pública tem direta relação com a garantia dos direitos fundamentais, de modo que um assegura a efetividade do outro, em um ciclo que se retroalimenta.

Assim, a concretização e a manutenção das garantias constitucionais dependem da paz social, fundada na real segurança de todos os cidadãos, esta, por sua vez, assegurada pelos órgãos estatais.

5 CONCLUSÃO

Analisar contexto histórico da dupla face dos direitos do cidadão foi de suma importância, vez que somente a partir do Estado Liberal se falou em direitos e garantias constitucionais, de maneira que o modelo liberal buscava coibir as arbitrariedades perpetradas pelo Estado, a fim de garantir a liberdade individual dos cidadãos.

Porém, em razão da desigualdade econômica que não fora superada, o liberalismo passou a ser questionado na Europa, exigindo-se uma postura positiva por parte do Estado. Então, ascendeu-se o Estado Social, este que visava promover condições mínimas de existência aos indivíduos daquela sociedade, seja na área da saúde, educação e trabalho, de modo que somente assim o indivíduo poderia exercer de fato a sua liberdade.

Entretanto, o caráter intervencionista do Estado Social, impedia o exercício pleno da democracia e dos direitos fundamentais. Assim, diante do cenário do segundo pós-guerra, os textos constitucionais foram ajustados, privilegiando um novo direito, que buscava resguardar não somente o indivíduo, mas toda a comunidade, por meio de uma nova dimensão de direitos e garantias. Nasce, então, o Estado Democrático de Direito, momento em que a lei passou a ser um instrumento de transformação da realidade.

Desta forma, o novo constitucionalismo colocou os princípios em local de destaque dentro do sistema jurídico, abandonando a concepção exclusivamente positivista, de modo que não bastava a existência de uma lei, esta deveria ser razoável e proporcional.

À vista disso, percebe-se que o princípio da proporcionalidade foi sendo construído ao longo de todo desenvolvimento do Estado, primeiramente, pela perspectiva da proibição de excesso, buscando a defesa do indivíduo ante o poder estatal, a fim de limitar o exercício do poder do Estado e, posteriormente, pela perspectiva da proibição de proteção insuficiente, visando a proteção da coletividade do ataque de terceiros, com objetivo de tornar efetiva a tutela tanto dos direitos individuais, quanto dos direitos sociais.

Em seguida, ficou demonstrado que o duplo viés do princípio da proporcionalidade foi devidamente recepcionado na Constituição Federal, de modo

que o nosso texto constitucional não deve ser visto unilateralmente, preocupado apenas com a defesa do indivíduo, mas também com a defesa dos direitos fundamentais de toda a sociedade, haja vista o novo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Assim, o duplo viés do princípio da proporcionalidade deve orientar o intérprete na aplicação da lei, com intuito de evitar que a interpretação resulte em uma solução excessiva para um dos interessados, bem como a fim de que melhor se potencialize o exercício de direitos fundamentais.

Neste contexto, tendo em vista a divergência que cerca o instituto da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública, passou-se a analisar a referida prisão cautelar, apresentando as diversas interpretações que a circundam, a fim de que se chegue em uma interpretação mais coerente.

Diante deste panorama, se mostrou igualmente relevante apresentar o entendimento predominante nas cortes superiores brasileiras acerca da prisão preventiva sob fundamento da ordem pública, bem como expor como a jurisprudência alemã, adepta do princípio da proporcionalidade, vem tratando a prisão cautelar a fim de garantir a ordem pública.

Além disso, revelou-se pertinente salientar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos admite amplamente a aplicação do princípio da proporcionalidade ao instituto da prisão preventiva, de modo que a natureza excepcional da medida deverá se pautar em critérios de necessidade e proporcionalidade, elementos os quais deverão estar presentes em toda a política criminal que contemple os preceitos do Sistema Interamericano.

Ao final, diante de todo o exposto, recomenda-se que a interpretação da prisão preventiva a fim de garantir a ordem pública seja pautada na dupla face do princípio da proporcionalidade, tanto pela via da proibição de excesso, quanto pela via da proibição de proteção insuficiente.

Deste modo, é certo que o acusado deve responder ao processo penal em liberdade, pois ao cidadão se assegura a presunção de inocência e restringir-lhe a liberdade nesse momento representaria uma violação da proibição de excesso, também é certo que a vítima não pode ficar refém, nem tampouco a sociedade, de ameaças concretas de reiteração de comportamento criminoso por parte daquele que ainda responde ao processo, pois a Constituição lhe assegura direitos fundamentais,

à vida, à segurança e à liberdade. No entanto, abandonar a vítima e a sociedade à própria sorte diante de ameaças concretas por parte do acusado presumidamente inocente, no curso do processo penal moroso, é violar a proibição de proteção insuficiente aos direitos fundamentais da vítima.

Portanto, ainda que se admita como regra a liberdade do acusado no curso do processo penal na perspectiva da vedação de excesso ao Estado, também se admite, em caráter excepcional, a possibilidade da prisão preventiva como efeito da proibição de proteção insuficiente aos direitos fundamentais da vítima e perante terceiros, atuando na perspectiva da vedação de proteção insuficiente do Estado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Alexandros Antunes. Proibição de Excesso na Prisão Preventiva. In: FAYET JR. et.al. **Ciências Penais e Sociedade Complexa II**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 259-274.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas corpus nº 102087. Impetrante: Renato de Sales Pereira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085710/habeas-corpus-hc-102087-mg-stf>>.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 111244. Impetrante: Alex José da Cruz. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ayres Britto. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000189543&base=baseAcordaos>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Discussão quanto à ilegalidade das prisões temporárias e preventivas**. Habeas Corpus nº 950094. Impetrante: Daniel Valente Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 18

de dezembro de 2008. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quarta Turma. Habeas Corpus nº 492712220144010000. Impetrante: Siomaria dos Santos Gomes. Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara de Teresina/Piauí. Relator: Juiz Fed. Alderico Rocha Santos. 2015. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178070193/habeas-corporus-hc-492712220144010000>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 313128. Impetrante: Leonardo Fogaça Pantaleão. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178411143/habeas-corporus-hc-313128-sp-2014-0345096-7>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 136255. Impetrante: Antônio Naziel da Silva Vieira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000318833&base=baseAcordaos>>.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Prática Forense Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Instituto de Reeducação del Menor Vs. Paraguay**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e ampliações específicas. Tradução de Eduardo Mendonça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>>.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber delitos que no afectem a um bien jurídico penal?. p. 97 In: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007.

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

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Mondevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, José Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Princípios e Boas Práticas Para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal Português**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=199&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista da AJURIS**. n. 98. Porto Alegre: AJURIS, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Penal: Breves Notas a Respeito dos Limites e Possibilidade de Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Criminal: A Necessária e Permanente Busca de Superação dos “Fundamentalismos” Hermenêuticos. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 37-79. Jan./dez. 2008. Disponível em: <[rt-online.mp.pr.gov.br](http://online.mp.pr.gov.br)>.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **Direito penal e Constituição:** a face oculta de proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição:** da proibição de excesso (ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>.

STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal:** superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>.

STRECK, Lenio Luiz. **O Dever de Proteção do Estado (Schutzpflicht):** O Lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e tráfico de entorpecente”? Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>.