

2018 - 06 - 14

## Revista dos Tribunais

2018

RT 990 (ABRIL 2018)

DOCTRINA

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. ORDEM PÚBLICA E CONSTITUIÇÃO: UM ESCORÇO DE DELIMITAÇÃO  
CONCEITUAL

### Direito Processual Penal

## 1. Ordem pública e Constituição: um escorço de delimitação conceitual

---

### Public order and Constitution: Conceptual demarcation foreshortening

(Autores)

**LUIZ REGIS PRADO**

*Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Zaragoza e Universidade Robert Schuman, Strasbourg). Doutor em Direito (PUC-SP). Professor Titular de Direito Penal (UEM/FADISP). Jurista. e-mail: professor@regisprado.com.br*

**DIEGO PREZZI SANTOS**

*Doutor em Direito (FADISP). Professor de Direito Processual Penal. Faculdade Catuaí, Faculdade Pitágoras, Universidade Estadual de Londrina e Universidade Positivo. Advogado. diegoprezzi@yahoo.com.br*

#### Sumário:

- 1.Considerações gerais
- 2.Estado constitucional
- 3.Ordem pública
  - 3.1.Breve histórico
  - 3.2.Conceito e classificação
- 4.Ordem pública e prisão preventiva
  - 4.1.Ordem pública no Estado Constitucional
- 5.Considerações finais

## 6.Referências bibliográficas

### Área do Direito: Constitucional

#### Resumo:

A prisão preventiva aparece como instrumento bastante usual na prática forense, e um dos mais controversos na área do processo penal, especialmente pelo fundamento garantia da ordem pública, o mais recorrente motivo prisional. O texto ora apresentado tem por escopo analisar o conceito de ordem pública, seu histórico e suas características, especialmente quando transposto para o processo penal. Na busca de sua delimitação conceitual, opera-se sob a égide do Estado Constitucional e da Constituição.



#### Abstract:

The preventive detention appears as a very common instrument in forensic practice and one of the most controversial in the area of criminal procedure, especially for the foundation of public order, the most recurrent prison motive. The text presented here has as scope to analyze the concept of public order, its history and its characteristics, especially when transposed to the criminal process. In the search for its conceptual delimitation, it operates under the aegis of the Constitutional State and the Constitution.


**Palavra Chave:** Constitucionalismo – Garantismo – Prisão preventiva – Ordem pública – Estado constitucional – Constituição

**Keywords:** Constitutionalism – Guarantee – Preventive detention – Public order – Constitutional State – Constitution

### 1.Considerações gerais

Desde sua introdução no ordenamento jurídico nacional em 1941, a garantia da ordem pública como fundamento prisional surge debatida intensamente. Contida no art.  [312](#) do  [CPP](#), referida expressão é alvo de resistência por parte da doutrina conquanto seja o mais usual motivo de aprisionamento cautelar.

Ao considerar o extenso universo de presos preventivos no país, enxerga-se o uso disseminado desta medida cautelar pessoal e, certamente, da ordem pública que, conquanto seja textualmente idêntica, é munida de mais significações do que quando de sua entrada em vigor na década de 1940. E tal ampliação não se deu com respeito à mudança de paradigma constitucional estabelecido no ano de 1988.

O Estado Constitucional exige a supremacia da Constituição, da legalidade, do respeito ao conteúdo constitucional, da clareza na construção da norma, expurgando a moral do núcleo do Direito, ao primar pela segurança jurídica e não pela autonomia e liberdade na criação normativa. Essa deve ser dada pela  [Constituição Federal](#), que reflete a ordem social.

Inserida nesse contexto, a prisão preventiva e seus fundamentos, como a ordem pública, necessitam correto amoldamento de forma e conteúdo à Constituição e ao Estado Constitucional de Direito.

Para tanto, o histórico da expressão criptográfica “ordem pública” bem como suas

tentativas de caracterização na doutrina merecem ser aqui gizados.

Além disso, é necessário submeter o termo “ordem pública” a testes de verificabilidade no contexto processo penal democrático e das demais garantias processuais penais. Após tais análises, torna-se possível visualizar os problemas e permear uma ideia de ordem pública mais ajustada ao Estado Constitucional.

Nessa linha, procura-se estudar a bibliografia referente ao tema, tanto nacional como estrangeira, em especial certos documentos que se mostram capazes de revelar a gênese e as características do instituto da ordem pública.

## 2. Estado constitucional

É salutar que “O homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade”<sup>1</sup> que deve ser regulada pelo Direito.<sup>2</sup>

A evolução dessa simbiose dá os contornos da atual etapa de desenvolvimento da sociedade, do modelo de Estado e, também, do Direito.<sup>3</sup>

O Estado Constitucional<sup>4</sup> se apresenta adequado por ser baseado em firmes posições de tutela da liberdade do indivíduo contra o exercício abusivo do poder estatal, de outro cidadão, sendo primado por leitura do Direito que avança para além da legalidade, tendo como norma de reconhecimento a supremacia da Constituição sob aspecto formal e material.<sup>5</sup>


O atual estágio sociocultural resulta de conquistas sociais e históricas que conjugam benesses advindas do rompimento do Absolutismo, da implementação do Estado liberal, ou seja, das revoluções jurídicas modernas, mas vão muito além da aceitação da lei como fonte primordial do Direito.

Em um breve comentário, o termo “Estado de Direito” vem a ser bastante genérico e polissêmico, descrevendo tanto o *Rechtsstaats* e o *Rule of Law* como o *Stato di Diritto*.<sup>6</sup>

O Estado legislativo nasceu da primeira resolução jurídica da Modernidade que conferiu ao continente europeu uma forma de vivenciar um direito positivo exclusivamente feito pela autoridade estatal com legitimação e regramento para criação normativa. Numa segunda revolução da era Moderna, o Direito condicionou a produção de normas a direitos fundamentais, princípios e garantias processuais, aumentando o ônus do legislador em sua tarefa ordinária e das demais funções do Estado. Reforçou-se o modelo de Estado legal.<sup>7</sup>

A leitura garantista das normas constitucionais é rígida e supraordenada, mas também limitadora e vinculativa.<sup>8</sup> Veja-se que os direitos da pessoa, a paz, a tripartição de funções, modificam a ideia de validade legislativa, executiva e da própria democracia.<sup>9</sup>

Como resultado direto dessa modificação, existe uma múltipla relação de condicionamentos normativos.

A pirâmide normativa que tem em seu ápice a  [Constituição Federal](#) não só implica normas infraconstitucionais pelo aspecto formal (feitura da norma), mas também pelo conteúdo (aspecto material).<sup>10</sup>

A conclusão significa que por haver a tutela humana no posto mais elevado do ordenamento, as demais normas assim devem ser gestadas e aplicadas.<sup>11</sup>

Recapitula-se que o Estado legislativo se contenta com “quem” faz a norma e “como” a faz.<sup>12</sup> Desde que respeitada a competência e o processo legislativo, a norma vigente é norma válida.

Já no Estado Constitucional, a substância deve ser avaliada,<sup>13</sup> gerando preocupação com “o quê” da lei. Assim, mesmo uma norma existente e vigente pode ser inválida<sup>14</sup> por desarmonia de seu conteúdo.<sup>15</sup>

Em realidade, o Estado Constitucional envolve e ultrapassa o Estado legislativo, a partir do primado da Constituição, e em prol da salvaguarda dos direitos fundamentais.

Dito isso, assevera-se que o modelo de Estado Constitucional garantista ou de positivismo reforçado imprime um *plus*, *v.g.*, a robusta separação entre Direito e moral, para inibir o influxo de vetores exclusivamente morais nas decisões judiciais, a proteção humana como referência para leis, decisões e atos administrativos, e o maior cuidado na construção das normas jurídicas.

Outro aspecto do garantismo vem a ser que as normas necessitam de redação com limites de linguagem. Regras semânticas metalinguísticas para formação da linguagem legislativa são usadas para minorar termos extremamente valorativos, palavras vagas e indeterminadas, enfim, normas cujo campo de denotação seja amplíssimo.<sup>16</sup>

A aplicação do aparato linguístico se dá pois:

[...] as garantias oferecidas pelo modelo cognitivista aqui delineado dependem em grande medida da semântica das linguagens legal e jurisdicional, a análise e a crítica de tais linguagens podem representar um precioso instrumento de crítica das hodiernas involuções autoritárias, além de servir à elaboração de técnicas legislativas e judiciárias mais rigorosas.<sup>17</sup>

Além dessa questão, o Estado Constitucional tem uma estrutura axiomática que serve à consecução dos objetivos de proteção à pessoa humana.

São os axiomas do garantismo:

A1 Nulla poena sine crimine, o principio de retributividad. A2 Nullum crimen sine lege, o principio de estricta legalidad. A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate, o principio de economía. A4 Nulla necessitas sine iniuria, o principio de lesividad. A5 Nulla iniuria sine actione, o principio de materialidad. A6 Nulla actio sine culpa, o principio de culpabilidad. A7 Nulla culpa sine iudicio, o principio de jurisdiccionalidad. A8 Nullum iudicium sine accusatione, o principio acusatorio. A9 Nulla accusatio sine probatione, o principio de la carga de la prueba. A10 Nulla probatio sine defensione, o principio de contradicción.<sup>18</sup>

Como se vê nos axiomas A1 a A6 há questões penais materiais, e nos A7 a A10 há bases processuais<sup>19</sup> que refletem “la comprobación de la existencia del delito mediante un juicio (A7) promovido por una acusación separada del juez (A8) y basado en la carga acusatoria de la prueba (A9) en régimen de contradicción con la defensa (A10) – forman, en cambio, las garantías procesales”.<sup>20</sup>

As ideias de confrontação, refutação e comprovação decorrentes do conjunto desses pilares se apresentam nitidamente ao permitir um processo racional que tão somente é possível quando se tem em mente a clareza da linguagem normativa, e baliza de sentido livre de amplitude moral ilimitada.

Referida estrutura do pensamento garantista conjuga força para modificar não só o pensamento constitucional, mas também o processo penal, em especial pela veracidade da lição de Goldschmidt, ao asseverar ser a estrutura do processo penal de uma nação um termômetro para a forma de como lidar com os cidadãos:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente, no es tampoco más que el tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro.<sup>21</sup>

Assim, justamente pela existência de normas extremamente lacônicas, criptográficas, no sistema processual penal brasileiro é que a aplicação do modelo garantista favorece a construção de um processo penal mais apropriado ao Estado Constitucional e à democracia.

### 3. Ordem pública

Documentos datados já do século XIII abordavam o termo “ordem pública”. Alguns que faziam tal referência significavam tranquilidade pública ou, em um conceito negativo de desordem pública, turbulência.

Todavía, o aprimoramento do conceito se dá no séc. XVIII em documentos policiais que escalonavam situações para permitir a atuação das autoridades.

#### 3.1. Breve histórico

Dentre as várias correntes acerca do surgimento da noção de ordem pública como instituto jurídico, convém destacar que parte da doutrina afirma que os antecedentes (para alguns, mesmo a sua criação) da “ordem pública” remontam ao período clássico do Direito romano.

O pensamento de que o *ius publicum* significa, além de Direito Público, ordem pública foi aceito por boa parte da doutrina nacional.<sup>22</sup>

Efetivamente, porém, a ordem pública no contexto citado não se consubstanciava em instituto jurídico, mas sim em uma característica das normas aplicadas. Uma característica de soberania, inclusive normativa.

Mais viável como momento originário da ordem pública como instituto jurídico é o Medieval. Pode-se ver menções datadas do século XIII, com objetivo de segurança pública.<sup>23</sup>

Mais à frente, no séc. XV, na Espanha, sobre o termo, Bonachia Hernando cita que o período da pré-unificação espanhola experimentou vultosa supremacia do interesse público sobre o privado que, junto a outros fatores, permitia a persecução penal gravosa e violenta (castigos públicos, primado da exemplaridade) em nome da garantia da ordem pública.<sup>24</sup>

Autores há que reconhecem antecedentes de sua criação, porém consideram que o verdadeiro desenvolvimento do conceito se deu tão somente mais tarde.

No período próximo ao do uso dos Tribunais do Santo Ofício, a ação do agente estatal de segurança se dava de modo abrupto para inibir problemas sociais ou desordem pública.<sup>25</sup>

No século XVIII, as desordens públicas também eram tratadas pelas autoridades do mesmo modo.<sup>26</sup>

As *Cartas sobre la policía*, de 1801, de autoria de Valentín de Foronda, com tradução de Jacob Friedrich, o Barão de Bielfeld (entre 1767 e 1781) e Tomas de Valeriola, em que o *Tratado de policía o idea general de policía* (entre 1798 e 1805) são amostras a comprovar tal pensamento.<sup>27</sup>

Contudo, mais antigo antecedente acaba sendo apontado por François Godicheau. O *Traité de Police*, de Nicolas Delemare (1705), tem a primeira referência indiscutível e explícita ao conceito “ordem pública”. Esta aparece por inúmeras vezes no citado texto (Livro I, Título IV, Capítulo VI).

Na Idade Moderna e Contemporânea, vê-se que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) traz em seu art. 10 a expressão em comento.<sup>28</sup>

A Constituição da Espanha de 1812, Constituição de Cádiz,<sup>29</sup> a continha nos arts. 170 e 321, que conferiam ao rei poder em caso de perturbação da ordem pública.

Apontam alguns, ainda, que até o séc. XIX nenhuma contribuição de valor sobre o tema ocorreu. Nesse sentido emerge estudo relevante produzido por Joseph Story (1843) e Friedrich Carl Von Savigny (1849).<sup>30</sup>

Essa compreensão, contudo, é internacionalista, e filia-se ao pensamento que funde ordem pública e direito público, criticada por autores como Rodolfo Luís Vigo.<sup>31</sup>

No Brasil, a Constituição de 1824 não fazia nenhuma menção à ordem pública.

O texto originário da Constituição de 1891 versava sobre o termo no art. 72, § 8º, quando houve necessidade de assegurar a associação e reunião, com permissão de intervenção policial, tão somente para proteção da ordem pública,<sup>32</sup> mas acabou revogado pela Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926.

Na Lei Fundamental brasileira, chamada de “polaca” (1937), a ordem pública constava no art. 122, sobre direitos e garantias individuais e dos limites da liberdade e exercício de culto.

Posteriormente, com a vigência do Código de Processo Penal de 1941 houve a introdução do termo “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva.

Como se depreende da exposição de motivos, a ideia era dar elasticidade aos casos de aprisionamento provisório.<sup>33</sup>

O texto constitucional de 1946 tratou da matéria no contexto da inviolabilidade de consciência e de crença, assegurada no art. 141, § 7º.

Já a Constituição brasileira de 1967, em seu texto original, o trazia no art. 150, § 5º, ao abordar a possibilidade da liberdade de consciência que não contrarie a ordem pública e os bons costumes.

Na Constituição Federal da República de 1988, em vigor, a ordem pública é citada algumas poucas vezes e sem conexão direta com o processo penal. Há tratativas sobre intervenção federal, estado de defesa e segurança pública.

Constata-se que, no texto constitucional, o viés vem a ser eminentemente policial, e não processual penal.

### 3.2. Conceito e classificação


Conquanto tendo vários anos de estudo sobre o tema e aplicação diversa, não há um conceito preciso e que atenda as exigências do Estado Constitucional. Mormente, na área do processo penal que se pauta por normas dotadas de clareza e precisão para facultar sua refutação.

Embora haja facilidade em se localizar um rastro histórico que leva à noção de ordem pública ao encontro com medidas policiais de expansão do poder real com uso de violência e minoração de direitos,<sup>34</sup> a dificuldade para conceituá-la decorre justamente das suas várias fontes, além da aplicabilidade em áreas de sentidos inconciliáveis.

Resta estabelecida a significação original, mas o conceito, lançado para diversos setores do Direito, dentre os quais, Direito Administrativo, Direito Militar, Direito Internacional Privado, Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal, cada qual desenvolvendo-o à sua maneira.<sup>35</sup>

A expressão pode ser reconhecida como um dos mais polivalentes do Direito. Como consequência, a noção de ordem pública vem a se especificar, uma para cada setor.<sup>36</sup>

Ferreira Filho afirma que o resguardo da ordem pública ou paz social<sup>37</sup> é função do Estado para a manutenção do bem comum. Contudo, não apresenta conceito definido, faz dela apenas um fim.

Pode ser lida como ordem política o modo de atuação das funções junto à sociedade,<sup>38</sup> como ordem social nos termos do Título VIII da  [Constituição Federal](#),<sup>39</sup> como norma processual, enquanto limitação à autonomia da vontade no Direito Civil, tendo assim as mais díspares imbricações.

Revisam-se e catalogam-se muitas acepções do termo “ordem pública”, *i.e.*, força social, fim social, interesse social, política social, questão social, teoria da concepção social, teoria da positividade, teoria filosófico-positiva, vida social e outras expressões, atribuindo-se um grande espectro de conteúdos.<sup>40</sup>

No entanto, não é nada salutar que essa sua vastidão semântica permita que as normas que têm em seus textos ordem pública, e gerem confusões de sentido ou insegurança, bem como decisões flagrantemente inconciliáveis.<sup>41</sup>

Prieto Álvarez realiza análise do conceito visando a aclarar sua significação e estabelecer determinadas balizas.<sup>42</sup>

Como conceito jurídico realmente indeterminado e relativo que se utiliza da vaguidão, da ambiguidade ou da textura aberta como atributo positivo, “vantagem”. Não é certo que as palavras são usadas em todos os contextos para exprimir as mesmas propriedades. O significado das palavras está na verdade em função do contexto linguístico em que aparecem e da situação humana dentro da qual são usadas. O uso da palavra não nos subministra um guia seguro, positivo ou negativo, para classificar os casos duvidosos, porque ela é deliberadamente usada com imprecisão.<sup>43</sup>

Veem-se aí segurança, bons costumes, moralidade, paz social, credibilidade das instituições, tranquilidade, periculosidade e a salubridade, por exemplo, como significações possíveis.

Enfim, faz-se indispensável superar a incerteza, a ambiguidade e a obscuridade das palavras e expressões legais, sobretudo em matéria relativa à garantia individual constitucional da liberdade do sujeito. Vale dizer: a simplificação racional e objetiva da linguagem legislativa.<sup>44</sup> Acedo Penco caracteriza a ordem pública por juridicidade,




objetividade, ser reflexo social, flexibilidade, fixação jurisprudencial e limitatividade.<sup>45</sup> Tais características diferenciam a ordem pública dos dizeres éticos, contém o caráter de mutabilidade e não rigidez, sua construção é feita não pela lei e sim pelos juízes, devendo servir a evitar limitação aos direitos individuais.

Científica é a inspeção de Bartolomé Cenzano.<sup>46</sup> Os conceitos indeterminados para terem aplicabilidade devem conter uma zona (ou halo) de certeza, outra de incerteza e a terceira de certeza negativa. Na primeira, tem-se a construção de sentido lastreada em dados, na segunda, um espaço de apreciação e na terceira, a exclusão de casos sombreados pelo conceito. É possível analisar o instituto em exame com base em tal pensamento; no entanto, a dificuldade em localizar as zonas de certeza e de certeza negativa continuam a existir.

Mesmo com os esforços doutrinários empreendidos, “fala-se de ordem pública com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos”.<sup>47</sup>

Esse cenário não se coaduna com a estrutura protetiva do Estado Constitucional. No processo penal a questão se potencializa, visto ser ele o mais contundente instrumento estatal de ação contra o sujeito.

#### 4. Ordem pública e prisão preventiva

Ao ser lançada ao  [Código de Processo Penal](#) em 1941 com o intuito de amplificar as hipóteses de prisão preventiva, a ordem pública ganha formalmente um campo em que aparece acionada com a máxima recorrência.

Nesse passo, convém salientar que, apesar da variabilidade de usos em “direitos” diferentes (civil, constitucional, administrativo), o sentido transferido ao Direito Processual Penal e à prisão preventiva era e é, efetivamente, o policial medieval, mas com caráter da jurisdicionalidade.

Esse fundamento da prisão preventiva pela garantia da ordem pública é certamente o que suscita maior debate, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988.

Pode-se notar que o Supremo Tribunal Federal não delimitou o conceito ao longo do tempo,<sup>48</sup> mantendo-o como “o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer”.<sup>49</sup>

Há a ordem pública como credibilidade das instituições, do Judiciário, por exemplo, como perversidade, como periculosidade, como risco de reiteração do crime praticado, como risco de novos crimes, de romper as cautelares, como clamor público, como repercussão social, como proteção do próprio réu, como segurança pública, como participação em organização criminosa, como insensibilidade ao direito, como interesse ou valor social a ser defendido, como paz pública, entre vários outros.

Ao se notar que o vago termo “ordem pública” vem preenchido por outras expressões tão ou igualmente vagas, constatam-se dois aspectos: o primeiro de que essa imensidão semântica parte da premissa de que cabe ao Judiciário a criação de sentidos normativos com bases não jurídicas e sim morais, fincadas, com efeito, no que Luigi Ferrajoli chama de *princípioalismo*.<sup>50</sup> O segundo de que os esforços de atribuição de sentido ou limitação falharam completamente.

Pontuados os contornos louváveis dados por Acedo Penco à ordem pública,<sup>51</sup> emerge



perceptível sua inadequação com o Estado Constitucional de Direito pela necessidade de um exercício de construir “significado” pautado na moral ou na moralidade que o Judiciário pensa captar, e não no direito.

A afirmação teórica da vaguidão e flexibilidade como vantagem<sup>52</sup> se apresenta incompatível com a legalidade como norma garantidora de Direitos e, portanto, com a segurança jurídica.

Tal situação se repete no tratamento de outros que se debruçam sobre o tema.<sup>53</sup> Isso porque a moldura teórica e normativa do Estado Constitucional não se coaduna com insegurança e variáveis de índole moral.

Pode-se constatar que mesmo com a classificação de normas abertas de Bartolomé Cenzano, o conceito de ordem pública é espinhoso por ser possível enxergar o halo de incerteza, mas não o de certeza ou de certeza negativa, como observado.<sup>54</sup>

Isso porque dos inúmeros sentidos mais conhecidos de ordem pública, quase nenhum deles versa sobre dados empíricos ou fundamentos verificáveis, como é o caso da credibilidade do Judiciário, clamor público, risco de reiteração. Outros sentidos padecem de um vício de constitucionalidade quando postados frente à presunção de inocência, ao *in dubio pro reo*, à legalidade ou ao devido processo legal. Apenas para exemplificar, algumas hipóteses que merecem destaque.

No que concerne ao clamor público, existe uma fraqueza insuperável que se estriba na confusão de interesses do que é publicado atualmente.<sup>55</sup>

Estudo empírico apresentado por Bovino indica que dos presos considerados como perigosos e com alto índice de reincidência, tão somente uma pequena parcela realmente age como “esperado”.<sup>56</sup>

Em julgado de 2011, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu argumentando corretamente pela separação entre a função da prisão preventiva e a função especial da pena,<sup>57</sup> inconfundíveis no tocante às teorias e finalidades.<sup>58</sup>

Em síntese, a pena e a prisão processual têm pressupostos de aplicação, fundamentos e finalidades completamente diversos e relações de causalidade também diferentes.<sup>59</sup>

Por esses (e outros motivos) há intensas críticas doutrinárias e jurisprudenciais ao uso da ordem pública como fundamento prisional preventivo. Como decorrência, existe um crescente número de autores que verificam a inconstitucionalidade do fundamento prisional preventivo. Outra corrente defende a constitucionalidade e a abertura semântica, enquanto uma terceira via reconhece sua constitucionalidade, mas com sentido mais específico.

#### 4.1. Ordem pública no Estado Constitucional

O Estado Constitucional gera racionalidade e civilidade ao Direito e ao Processo Penal, “deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais”, criando um modelo “prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes”.<sup>60</sup>

Para tanto, a prisão preventiva deve se curvar ao conteúdo e aos propósitos constitucionais (não o oposto) para criação de restrições de direitos devidamente legitimadas.<sup>61</sup>

Essa tarefa de revisão impescinde que “o sentido de ordem pública há de ser alcançado em visão prospectiva, e não tendo em conta fato pretérito que, em última análise, consubstancie o crime ensejador da persecução, devendo-se aguardar, quanto a este, o pronunciamento final do Judiciário”.<sup>62</sup>

A aferição da suposta ofensa à ordem pública não é eterna, assim como a ofensa não é perene.

Demais disso, a mudança no posicionamento relativo à ideia de ordem pública como fundamento prisional deve ser amparada na legalidade, com mudança prevista em lei para especificação do conceito (uma norma bem construída semanticamente), que não seja performático.<sup>63</sup>

Tal baliza de legalidade se apresenta como ínsita ao processo penal praticado no Estado Constitucional, e promove adequação com outro princípio:



[...] um princípio metaprocessual da estrita jurisdicionariedade, que equivale a uma regra semântica de formação da linguagem jurisdicional dirigida a assegurar a determinabilidade de determinações fácticas. Trata-se na realidade não de uma, mas de uma série de regras que exigem, como condição da estrita jurisdicionariedade, isto é, da verificabilidade e da refutação das teses que no processo enunciam os fatos e as provas, que tanto aquelas como estas sejam exatamente individualizadas mediante descrições precisas e sem o uso de palavras vagas ou valorativas.<sup>64</sup>

Ademais, a presunção de inocência,<sup>65</sup> e um maior ônus de fundamentação ao magistrado<sup>66</sup> (que deve exigir base concreta, em fatos, para o decreto prisional, escapando às presunções e informações impossíveis de comprovar, não se admitindo igualmente a mera possibilidade)<sup>67</sup> devem ser estabelecidos.

Com isso, a liberdade como regra e a excepcionalidade do decreto prisional com acionamento reservado a casos que toquem a estruturação do Estado ou a organização social devem se manter sem o aprisionamento massivo, garantindo a segurança jurídica.


Um conceito conjuntivo de ordem pública a ser inculcado na lei é, por todos esses motivos, compatível com o Estado Constitucional, cumulando ato atentatório a bem jurídico indispensável à vida humana e ao convívio, que sofre afetação grave e que contém risco provável de consumação de delito e/ou continuidade de práticas delitivas.

Agrega-se que para aferição de ofensa à ordem pública, existe uma série de casos que – conquanto o disposto no art. 313 da Lei Processual Penal – não deve ensejar a prisão preventiva. Por isso, a conduta deve ser *hiperatentatória* a bem jurídico penal indispensável ao convívio humano e social.

Isso tudo somado a um terceiro elemento, qual seja, a ideia de conter a reiteração delitiva que parte do raciocínio desenvolvido sobre o art.  [282, I](#), do  [CPP](#) que especifica ordem pública aos casos previstos em lei visando evitar a prática de infrações penais.<sup>68</sup>

Na hipótese de omissão do legislador no tocante à revisão do fundamento prisional referido, como outros ordenamentos jurídicos, é de se decretar a inconstitucionalidade material do termo, em especial pela dificuldade em se operar uma interpretação de ordem pública conforme a Constituição, no processo penal brasileiro, que aciona tal fundamento sob os mais diversos e absurdos aspectos.



## 5. Considerações finais

Com a influência direta, profunda e ampla do *Codice Rocco* (1930), o  [Código de Processo Penal](#) brasileiro de 1941, sob a égide de regime igualmente totalitário, estabeleceu a prisão preventiva pela garantia da ordem pública com óbvio e assumido objetivo de ampliar as hipóteses de prisão provisória.

Contudo, em direção oposta aos Códigos europeus do pós-guerra, que precisaram e limitaram os casos de prisão em prol da liberdade, o Brasil teve vultosa multiplicação de *sentidos* de ordem pública, o que gerou impossibilidade de determinação semântica do referido termo nos tribunais.

Diante disso, a doutrina passou a criticar a noção de ordem pública, em especial após a Constituição Federal de 1988, o que lamentavelmente não implicou em sua revisão por parte da jurisprudência.

Dentre tais críticas, algumas são insuperáveis e se encaminham à revisão do conceito de ordem pública por uma objetiva incompatibilidade com as garantias processuais penais constitucionais e, também, com as bases do Estado Constitucional, como a determinação normativa e a possibilidade de verificação.

Em razão da dificuldade em exercer interpretação conforme a Constituição do referido termo, haja vista que o Judiciário o aciona com constância, torna-se imperativa, sob pena da omissão implicar inconstitucionalidade material da norma, a mudança legislativa baseada em critério somatório de bem jurídico relevantíssimo, grave ofensa e risco de reiteração delitiva, este extraído do art.  [282, I](#), do  [CPP](#).

## 6. Referências bibliográficas

ALVAREZ, Joaquín Calvo. *Orden público y factor religioso en la Constitución española*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1983.

ÁLVAREZ, Tomás Prieto. *La dignidad de la persona*. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, limite al ejercicio de libertades públicas. Thomson: Civitas: Caja de Burgos, 2005.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como limite al ejercicio de los derecho y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BENDA, Ernst. MAIHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Jochen. HESSE, Konrad. HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

BONACHÍA HERNANDO, Juan Antonio. La justicia en los municipios castellano bajomedievales. *Edad Media: Revista de Historia*, n. 1, p. 145-182, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. BOVINO, Alberto. Contra la Inocencia. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 23, nov. 2005.

CALLARI, Francesco. Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi? *Diritto Penale Contemporaneo*. Università degli studi di Milano. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it]. Acesso em: 06.03.2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre el derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1973.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Federico de. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Anuario de Derecho civil*, v. 35, n. IV, p. 987-1086, 1982.

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

COPETTI NETO, Alfredo. A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. (Org.) *O Estado de direito*. História, teoria e crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Prisão cautelar. Dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. Prefácio e trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2016.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979.

EMSLEY, Clive. El ejército, la policía y el mantenimiento del orden público en Inglaterra (1750-1950). *Política y sociedad*, v. 42, n. 3, p. 15-29, 2005.

FAGGIANI, Valentina. *La justicia penal en la Unión Europea hacia la armonización de los derechos procesales*. Tesis doctoral. Diritto costituzionale. Università di Granada en cotutela con Università di Ferrara. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 34, 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Minima Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011d.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. v. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopedia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GERBER, Daniel. Prisões cautelares: entre a necessidade e a possibilidade. *Revista jurídica*, n. 387, ano 58, jan. 2010, p. 90.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*. Porto Alegre, n. 78, ano XXVI, jun. 2000.

GODICHEAU, François. Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional. *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, n. 2, p. 107-130, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal. Barcelona: Bosch, 1935.

GONZÁLEZ MÍNGUEZ, César. Hermandades concejiles y orden público en Castilla y León durante la Edad Media. *Clío & crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, n. 3, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoria constitucional*. Ciudad del México: Ediciones Fontamara S.A., 2005.

GUASTINI, Riccardo. Normas supremas. *DOXA: Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 17-18, p. 257-270, 1995.

GUERRERO NAVARRETE, Yolanda. Orden público y corregidor en Burgos (siglo XV). *Anales de la Universidad de Alicante. Historia Medieval*, n. 13, p. 59-102, 2000-2002.

HESPAÑA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KEES, Juan Manuel. La peligrosidad en las medidas personales de coerción. *Revista Pensamiento Penal*, Río Negro, p. 5, 2011. Disponível em: [[http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/41kees\\_1.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/41kees_1.pdf)]. Acesso em: 28.12.2017.

LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MALDONADO IZQUIERDO, Leonor. El orden público en la villa de Biar durante el siglo XVIII (1750-1798). *Revista de Historia Moderna*, n. 16, p. 375-382, 1997.

MARQUES, Jussara Cristina. Ordem pública, ordem privada e bem comum. Conceito e extensão nos direitos nacional e internacional. *Revista Jurídica do Unicesumar – Mestrado*, v. 2, n. 1, 2002.

MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. *DOXA*, n. 23, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. Uma análise sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 97, jan.-mar. 1988.

PENCO, Ángel Acedo. El orden público actual como límite a la autonomía privada de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, ISSN-e 0213-988X, n. 14-15, 1996-1997, p. 323-392.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e direito penal do inimigo: uma palavra*. Disponível em: [<http://professorregisprado.com/>]. Acesso em: 09.07.2017.

RIPOLLÉS, José Luís Díez. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. PRADO, Luiz Regis. São Paulo: Ed. RT, 2016

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1. p. 104.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 3.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SANTORIELLO, C. Garantismo (processo penale). *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 2005. t. I.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VAREJÃO, Marcela. A ordem pública brasileira: entre positivismos e liberalismos, atualidade da Escola do Recife e de Sílvio Romero. *Prima facie – Direito, História e Política*, v. 3, n. 5, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

### **Pesquisas do Editorial**

- A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA, de Elaine Martins de Sousa Alves - RT 941/2014/177
- SOBRE A DECISÃO QUE DECRETA UMA PRISÃO PREVENTIVA, de André Szesz - RBCCrim 111/2014/181
- O DIREITO DE DEFESA NA CONSTITUIÇÃO. A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA. EXERCÍCIO ABUSIVO COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE DELAÇÕES PREMIADAS. INCONSTITUCIONALIDADE. PARECER, de Ives Gandra da Silva Martins - RT 960/2015/299

1

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1. p. 104.

---

2

Ibidem, p. 57.

---

3

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 116-120.

---

4

Termo empregado por Luigi Ferrajoli para designar uma evolução do Estado democrático e social de Direito marcado por uma posição de positivismo reforçado (cf. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011a. p. 15-53).

---

5

PRADO, Luiz Regis. Garantismo jurídico-penal e direito penal do inimigo: uma palavra. Disponível em: [<http://professorluizregisprado.com/Art.s.php>]. Acesso em: 09.07.2017.

---

6

Para um estudo aprofundado do tema, apontando as especificidades dessas noções, ver COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. (Org.) *O Estado de direito*. História, teoria e crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

---

7

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011d. p. 461-462.

---

8

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Ciudad del México: Ediciones Fontamara S.A., 2005. p. 30-31.

---



---

9

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Minima Trotta, 2011b. p. 32.

---

10

GUASTINI, 2005. p. 31-33.

---

11

Cf. BENDA, Ernst. MAIHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Jochen. HESSE, Konrad. HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 490; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999; COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul(AJURIS)*. Porto Alegre, n. 78, ano XXVI, jun. 2000; GERBER, Daniel. Prisões cautelares: entre a necessidade e a possibilidade. *Revista jurídica*, n. 387, ano 58, p. 90, jan. 2010, para tratar da liberdade.

---

12

Cf. PRADO, 2017, enquanto o primeiro modelo se pauta na atividade estatal de criação o segundo se arvora na preocupação da matéria da relação do Estado com o cidadão.

---

13

Cf. GUASTINI, Riccardo. Normas supremas. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 17-18, p. 257-270, 1995. Para este último autor: “es dinámico todo ordenamiento en el que los criterios de existencia y validez de las normas son puramente ‘formales’”.

---

14

PRADO, 2017, n. p.

---

15

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23.

---

16

Ibidem, p. 117.

---

17

Ibidem, p. 505.

---

18

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. v. 2. Teoría de la democracia Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 351.

---

19

SANTORIELLO, C. Garantismo (proceso penal). *Digesto delle discipline penalistiche*, 2005. t. I. p. 542-569.

---

20

Ibidem, loc. cit.

---

21

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67.

---

22

PENCO, Ángel Acedo. El orden público actual como límite a la autonomía privada de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, n. 14-15, p. 323-392, 1996-1997.

---

23

GONZÁLEZ MÍNGUEZ, César. Hermandades Concejiles y Orden Público en Castilla y León durante la Edad Media. *Clío & crimen*: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango, n. 3, p. 12-35, 2006.

---

24

BONACHÍA HERNANDO, Juan Antonio. La justicia en los municipios castellano bajomedievales. *Edad Media: Revista de Historia*, n. 1, p. 145-182, 1998.

---

25

GUERRERO NAVARRETE, Yolanda. Orden público y corregidor en Burgos (siglo XV). *Anales de la Universidad de Alicante. Historia medieval*, n. 13, p. 59-102, 2000-2002.

---

26

MALDONADO IZQUIERDO, Leonor. El orden público en la villa de Biar durante el siglo XVIII (1750-1798). *Revista de Historia Moderna*, n. 16, p. 375-382, 1997.

---

27

Cf. GODICHEAU, François. Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional. *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, n. 2, p. 107-130, 2013.

---

28

Cf. FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponible en: [<http://conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>]. No "Art. 10. Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi".

---

29

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 161-163.

---

30

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Gráfica Luna, 1979. p. XI.

---

31

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às

novas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 189-207.

---

32

BRASIL. *Constituição (1891)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)]. Acesso em: 10.09.2017. “Art. 72, § 8º – A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.”

---

33

Assinada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, autor da autoritária e fascista Constituição Federal de 1937.

---

34

Cf. EMSLEY, Clive. El ejército, la policía y el mantenimiento del orden público en Inglaterra (1750-1950). *Política y sociedad*, v. 42, n. 3, p. 15-29, 2005 e GONZÁLEZ MÍNGUEZ, 2006, p. 12-35.

---

35

Ver ALVAREZ, Joaquín Calvo. *Orden público y factor religioso en la Constitución española*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1983. p. 36.

---

36

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 480.

---

37

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1523.

---

38

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. Uma análise sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 97, p. 133-154, jan.-mar. 1988.

---

39

MARQUES, Jussara Cristina. Ordem pública, ordem privada e bem comum. Conceito e extensão nos direitos nacional e internacional. *Revista Jurídica do Unicesumar – mestrado*, v. 2, n. 1, p. 245-268, 2002.

---

40

VAREJÃO, Marcela. A ordem pública brasileira: entre positivismos e liberalismos, atualidade da Escola do Recife e de Sílvio Romero. *Prima facie – Direito, História e Política*, v. 3, n. 5, p. 173-193, 2004.

---

41

FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopedia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 274.

---

42

ÁLVAREZ, Tomás Prieto. *La dignidade de la persona*. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, limite al ejercicio de libertades públicas. Thomson: Civitas: Caja de Burgos, 2005. p. 57 e ss.

---

43

Cf. CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre el derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1973. p. 26-29.

---

44

Diz-se: “A construção legislativa tecnicamente correta e conforme à Constituição se apresenta ainda hoje como um instigante e premente desafio à Política Criminal”. (RIPOLLÉS, José Luís Díez. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. PRADO, Luiz Regis. São Paulo: Ed. RT, 2016).

---

45

PENCO, Ángel Acedo. El orden público actual como límite a la autonomía privada de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, n. 14-15, p. 323-392, 1996-1997.

---

46

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como limite al ejercicio de los derecho y*

*libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 21-25.

---

47

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1998. p. 851-852.

---

48

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*. Comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 77-78.

---

49

LOPES JUNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 70.

---

50

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 15-53, 2011a.

---

51

PENCO, Ángel Acedo. El orden público actual como límite a la autonomía privada de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, n. 14-15, p. 323-392, 1996-1997.

---

52

ÁLVAREZ, Tomás Prieto. *La dignidade de la persona*. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, limite al ejercicio de libertades públicas. Thomson: Civitas: Caja de Burgos, 2005. p. 57 e ss.

---

53

CASTRO, Federico de. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Anuario de Derecho civil*, v. 35, n. IV, p. 1030, 1982,.

---

54

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 21-25.

---

55

LOPES JUNIOR, 2011. p. 84-85.

---

56

BOVINO, Alberto. Contra la Inocencia. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 23, p. 11-29, nov. 2005. Cf. KEES, Juan Manuel. La peligrosidad en las medidas personales de coerción. *Revista Pensamiento Penal*, Río Negro, p. 5, 2011. Disponible em: [[http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/41kees\\_1.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/41kees_1.pdf)]. Acceso em: 28.12.2017.

---

57

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. HC 70044356772, 5ª Câmara Criminal, rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 14.09.2011. Disponible em: [[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)].

---

58

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 3, p. 93-96.

---

59

PRADO, 2014. p. 96-98.

---

60

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19.

---

61

FAGGIANI, Valentina. *La justicia penal en la Unión Europea hacia la armonización de los derechos procesales*. Tesis doctoral. Diritto Costituzionale. Università di Granada en co-tutela con Università di Ferrara. 2015. p. 82-83.

---

62



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.352, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 05.10.2004, *DJ* 05.11.2004, p. 00028, ement. vol-02171-01, p. 00155, LEXSTF, v. 26, n. 312, p. 349-354, 2005. Disponível em: [www.stf.jus.br].

---

63

MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. *DOXA*, n. 23, p. 597-631, 2000.

---

64

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 120.

---

65

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar*. Dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 68-74.

---

66

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 234-238.

---

67

CALLARI, Francesco. Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi? *Diritto Penale Contemporaneo*. Università degli studi di Milano. Disponível em: [www.penalecontemporaneo.it]. Acesso em: 06.03.2018.

---

68

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1029-1032.