

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

João Victor Tabanez Correia

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO:
um estudo crítico sobre a excepcionalidade da prisão cautelar

Ouro Preto

2026

João Victor Tabanez Correia

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO:
um estudo crítico sobre a excepcionalidade da prisão cautelar

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual
Penal

Orientadora: Profa. Dra. Helena Patrícia Freitas

Ouro Preto

2026



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

João Victor Tabanez Correia

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: um estudo crítico sobre a excepcionalidade da prisão cautelar

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovado em 02 de março de 2026

Membros da banca:

Dra. Helena Patrícia Freitas - Orientador(a) (Universidade Federal de Ouro Preto)

Dr. André de Abreu Costa - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Msda. Isadora Helena Alves de Almeida - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Helena Patrícia Freitas, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 09/03/2026



Documento assinado eletronicamente por **Helena Patricia Freitas, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 10/03/2026, às 10:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1071760** e o código CRC **48F99B97**.

A Deus, por guiar meus passos e me conceder
força e serenidade ao longo desta trajetória.

À minha avó Elizabeth, por todo amor e
carinho, sempre fonte de acolhimento.

Ao meu pai, Leonardo, e à minha mãe, Janaina,
pelo apoio e por tornarem possível minha
caminhada.

E, de forma especial, à minha amada Andressa,
por todo o amor, acento e força que tornaram
esse percurso mais leve e verdadeiro.

RESUMO

O presente trabalho analisa criticamente a prisão preventiva no processo penal brasileiro, com especial enfoque na utilização da “garantia da ordem pública” como fundamento para a restrição antecipada da liberdade. Parte-se da reconstrução constitucional e legal da prisão preventiva enquanto medida de natureza cautelar, excepcional e instrumental, subordinada à demonstração concreta do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, bem como aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da proporcionalidade. Em seguida, examina-se a indeterminação semântica do conceito de ordem pública e os riscos de seu uso expansivo, evidenciando como sua aplicação desvinculada de riscos processuais concretos tem favorecido desvios de cautelaridade e a antecipação da punição. A partir do referencial teórico do Direito Penal do Inimigo, formulado por Günther Jakobs, demonstra-se que a prisão preventiva fundada em juízos abstratos de perigosidade aproxima-se de uma racionalidade penal orientada à neutralização preventiva do acusado, deslocando o eixo da imputação do fato para o autor. Conclui-se que a utilização indeterminada da garantia da ordem pública compromete a excepcionalidade da prisão preventiva, desvirtua sua natureza cautelar e produz violações estruturais a direitos fundamentais, revelando a infiltração da lógica do inimigo no interior do processo penal brasileiro e tensionando os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Direito Penal do Inimigo. Processo penal. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This study critically examines pretrial detention in the Brazilian criminal procedure system, with particular emphasis on the use of the “guarantee of public order” as grounds for the deprivation of liberty prior to a final conviction. The analysis begins with the constitutional and legal framework of preventive detention as an exceptional, subsidiary, and instrumental measure, strictly conditioned on the demonstration of *fumus commissi delicti* and *periculum libertatis*, as well as on the principles of the presumption of innocence, due process of law, and proportionality. Subsequently, the research addresses the semantic indeterminacy of the concept of public order and the risks arising from its expansive application, showing how its dissociation from concrete procedural risks has enabled deviations from its cautelary nature and the anticipation of punishment. Based on the theoretical framework of the Enemy Criminal Law, formulated by Günther Jakobs, the study demonstrates that preventive detention grounded on abstract assessments of dangerousness reflects a punitive rationality aimed at preventive neutralization, shifting the focus from the criminal act to the offender. The conclusion reached is that the indeterminate and expansive use of public order as a basis for preventive detention undermines its exceptional character, distorts its cautelary function, and leads to structural violations of fundamental rights, revealing the infiltration of the enemy logic into Brazilian criminal procedure and challenging the foundations of the Democratic State governed by the rule of law.

Keywords: Preventive detention. Public order. Enemy Criminal Law. Criminal procedure. Fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

HC – *Habeas Corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: DA CAUTELARIDADE GARANTISTA À EXPANSÃO DA ORDEM PÚBLICA	10
	2.1 Fundamentos constitucionais da liberdade e da cautelaridade penal	10
	2.2 Arquitetura da prisão preventiva no Código de Processo Penal	13
	2.3 “Garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: indeterminação conceitual, desvio de cautelaridade e expansão punitiva	21
3	DIREITO PENAL DO INIMIGO: FUNDAMENTOS E IMPLICAÇÕES	27
	3.1 Formulação de Günther Jakobs: da descrição à justificação normativa	27
	3.2 Cisão fundamental: cidadão versus inimigo	30
	3.3 Fundamentação funcionalista e contratualista de Jakobs	32
	3.4 “Terceira velocidade” do Direito Penal: categorização e estrutura	35
	3.5 Principais características da lógica do “inimigo”	38
4	APROXIMAÇÃO PERIGOSA: QUANDO A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PASSA A OPERAR SEGUNDO A LÓGICA DO INIMIGO	42
	4.1 Transmutação do <i>periculum libertatis</i> em mecanismo de neutralização:	42
	4.2 Da cautelaridade à antecipação punitiva: flexibilização das garantias	46
	4.3 Presunção de culpabilidade e erosão da excepcionalidade	49
	4.4 Consolidação da hipótese: tratamento do acusado e violação de direitos fundamentais	53
5	CONCLUSÃO.....	57
6	REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

A prisão cautelar ocupa posição de permanente tensão no processo penal contemporâneo, sobretudo em sistemas constitucionais que consagram a liberdade como regra e a privação antecipada como exceção. No ordenamento jurídico brasileiro, essa tensão manifesta-se de forma particularmente sensível na prisão preventiva decretada com fundamento na denominada “garantia da ordem pública”, categoria normativa marcada por acentuada indeterminação conceitual e ampla margem de discricionariedade judicial. Embora formalmente qualificada como medida cautelar, sua aplicação concreta tem revelado recorrentes desvios de finalidade, aproximando-se de lógicas de antecipação punitiva e de contenção preventiva do imputado.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como tema a intersecção entre a prisão cautelar fundada na “garantia da ordem pública” e a racionalidade própria do Direito Penal do Inimigo, tal como formulado por Günther Jakobs. Parte-se da premissa de que a utilização expansiva desse fundamento, dissociada da demonstração de um *periculum libertatis* concreto, atual e processualmente demonstrável, revela uma mutação funcional da prisão preventiva, que deixa de operar como instrumento de tutela do processo para assumir feições compatíveis com modelos penais de exceção. Tal fenômeno evidencia uma aproximação preocupante entre práticas cotidianas do processo penal brasileiro e a lógica do Direito Penal do Inimigo, caracterizada pela antecipação da intervenção estatal, pela centralidade da periculosidade do agente e pela flexibilização de garantias fundamentais.

O problema de pesquisa que orienta este estudo consiste em investigar se, e em que medida, a prisão preventiva decretada com base na “garantia da ordem pública” passa a operar segundo pressupostos típicos do Direito Penal do Inimigo, afastando-se de sua natureza cautelar e vulnerando os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito. A hipótese central sustenta que o emprego indeterminado e expansivo da ordem pública compromete a excepcionalidade da prisão preventiva, desvirtua sua natureza cautelar e produz violações estruturais a direitos fundamentais do acusado, em especial à presunção de inocência, ao devido processo legal e à proporcionalidade, convertendo a custódia cautelar em instrumento de antecipação punitiva.

A relevância do tema justifica-se tanto no plano acadêmico quanto no plano social. Sob a perspectiva teórica, o trabalho contribui para o aprofundamento crítico da dogmática da prisão preventiva, articulando-a com teorias contemporâneas de expansão do poder punitivo e de

flexibilização das garantias penais e processuais. Sob o aspecto social, a análise mostra-se pertinente diante do impacto concreto da prisão preventiva sobre a liberdade individual e da recorrente utilização desse instituto como resposta simbólica à criminalidade, o que afeta diretamente a legitimidade do sistema de justiça criminal em um Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar criticamente a utilização da “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva, examinando sua compatibilidade com o modelo constitucional garantista do processo penal e sua progressiva aproximação com a lógica do Direito Penal do Inimigo. Para tanto, busca-se, examinar os fundamentos constitucionais e legais da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, analisar de forma crítica o conceito de garantia da ordem pública e sua indeterminação semântica, apresentar os fundamentos teóricos do Direito Penal do Inimigo e, por fim, demonstrar como a aplicação expansiva da ordem pública na decretação da prisão preventiva reproduz elementos típicos da lógica do inimigo, como a antecipação punitiva, a centralidade da periculosidade e a flexibilização de garantias fundamentais.

Quanto à metodologia, adota-se abordagem qualitativa, de natureza teórico-dogmática e crítico-analítica, com base em pesquisa bibliográfica e documental. O estudo fundamenta-se na análise da legislação constitucional e infraconstitucional pertinente, especialmente o Código de Processo Penal, bem como na doutrina penal e processual penal nacional e estrangeira, com destaque para os aportes teóricos relacionados ao garantismo penal e ao Direito Penal do Inimigo. Também são considerados entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores, na medida em que contribuem para a compreensão da aplicação prática do instituto.

A estrutura do trabalho organiza-se em cinco capítulos, incluindo esta introdução. O segundo capítulo examina a prisão preventiva no processo penal brasileiro, a partir de seus fundamentos constitucionais e legais, com especial atenção à noção de cautelaridade e à expansão do fundamento da ordem pública. O terceiro capítulo dedica-se à análise do Direito Penal do Inimigo, abordando sua formulação teórica, bases dogmáticas e principais implicações. O quarto capítulo promove a aproximação crítica entre esses dois eixos, demonstrando como a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública passa a operar segundo a lógica do inimigo, com a consequente erosão das garantias fundamentais. Por fim, o quinto capítulo apresenta as conclusões do estudo.

2 PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: DA CAUTELARIDADE GARANTISTA À EXPANSÃO DA ORDEM PÚBLICA

O presente capítulo examina a prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro a partir da tensão entre seu desenho normativo garantista e sua aplicação concreta. Inicialmente, analisa-se a estrutura ideal do instituto, concebido sob a égide dos princípios constitucionais e da teoria garantista¹, que o qualificam como medida estritamente cautelar, excepcional e subsidiária, legítima apenas enquanto instrumento a serviço do processo e em estrita observância à presunção de inocência, à jurisdicionalidade e à proporcionalidade. Em seguida, demonstra-se como esse modelo é progressivamente tensionado e, não raro, subvertido na prática forense pela utilização expansiva e semanticamente indeterminada da “garantia da ordem pública”, cuja vagueza conceitual tem permitido a desvinculação da prisão preventiva de sua natureza cautelar, convertendo-a em mecanismo de antecipação da pena e de controle da periculosidade do agente, em frontal incompatibilidade com a principiologia constitucional.

2.1 Fundamentos constitucionais da liberdade e da cautelaridade penal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece um robusto sistema de garantias individuais, no qual a liberdade é a regra e a prisão, a exceção. Como pilar deste sistema, o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”². Este princípio não apenas orienta a valoração da prova ao final do processo (norma de julgamento), mas irradia seus efeitos desde o início da persecução penal, funcionando primordialmente como uma norma de tratamento³. Tal norma impõe ao Estado o dever de tratar o acusado como inocente em todas as fases processuais, vedando qualquer forma de antecipação de pena ou de estigmatização precoce. É desta premissa que emana a tensão fundamental com

¹ A teoria garantista, desenvolvida sobretudo por Luigi Ferrajoli, concebe o processo penal como um sistema de limites rígidos ao poder de punir, estruturado por garantias como legalidade estrita, presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, juiz natural e devido processo legal, de modo a submeter toda restrição de liberdade a regras formais e materiais previamente estabelecidas e a provas produzidas em procedimento público e imparcial.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. art. 5º, LVII.

³ JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.79. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jul. 2025.

as prisões cautelares: como é possível coexistir a privação de liberdade de um indivíduo que, por mandamento constitucional, ainda deve ser tratado como inocente? A resposta reside na natureza estritamente cautelar e excepcional que a própria Constituição impõe a qualquer forma de prisão antes da condenação definitiva.

A coexistência entre a presunção de inocência e a possibilidade de prisão processual somente se legitima por meio do princípio da excepcionalidade. A prisão cautelar, portanto, não é um instrumento de política de segurança pública, mas uma medida de caráter extremo, a ser utilizada como *ultima ratio* do sistema⁴. Isso significa que a restrição à liberdade do acusado só se justifica quando for absolutamente indispensável para os fins do processo, e desde que se demonstre, de forma concreta, que nenhuma outra medida cautelar alternativa, prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, seja adequada ou suficiente para tutelar a situação de perigo. A própria legislação processual penal reforça esse caráter subsidiário ao determinar, no art. 282, § 6º, do CPP, que “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”⁵. A não observância deste caráter excepcional converte a prisão em uma pena antecipada, violando frontalmente a presunção de inocência.

A centralidade da liberdade no Estado Democrático de Direito também se expressa nos princípios *nulla poena sine praevio iudicio* e *due process of law*, que estruturam o modelo constitucional de persecução penal. O primeiro, diretamente relacionado à proibição de imposição de pena sem prévio julgamento, traduz a exigência de que qualquer sanção estatal resulte de um procedimento jurisdicional dotado de contraditório, ampla defesa e imparcialidade judicial, impedindo que a privação de direitos decorra de decisões políticas, administrativas ou de juízos apriorísticos de culpabilidade. Trata-se de garantia que, para além do momento da aplicação da pena, irradia efeitos sobre toda a atividade cautelar, pois somente um processo conduzido segundo formas previamente estabelecidas pode legitimar intervenções estatais gravosas. Em reforço, o *due process of law*, em suas dimensões formal e material, exige que o Estado observe não apenas o procedimento juridicamente previsto, mas também que este seja justo, proporcional e compatível com os direitos fundamentais. Assim, qualquer interferência na esfera da liberdade, inclusive em sede cautelar, deve respeitar a legalidade estrita, a motivação qualificada e a racionalidade das decisões judiciais. É nesse horizonte normativo que se insere o princípio da jurisdicionalidade, o qual complementa o sistema de

⁴ *Id.* p. 731.

⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 282, § 6º.

garantias ao estabelecer que nenhuma prisão ocorrerá senão em flagrante delito ou por “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”⁶.

Tal mandamento veda, de forma absoluta, prisões decretadas por autoridades policiais ou pelo Ministério Público, reservando ao Poder Judiciário o monopólio da decretação de medidas que restrinjam a liberdade. A exigência de motivação qualificada das decisões judiciais, por sua vez, é um imperativo constitucional (art. 93, IX, CF/88) e legal (art. 315, CPP), que veda o uso de fundamentações genéricas, abstratas ou que se limitem a repetir os termos da lei. Uma decisão que decreta uma prisão cautelar, especialmente com base em conceitos abertos como a “garantia da ordem pública”, deve demonstrar, com base em elementos concretos do caso, a real necessidade da medida, sob pena de nulidade⁷.

Não obstante a exigência de ordem judicial, a atuação do magistrado não é irrestrita, devendo ser balizada pelo postulado da proporcionalidade. Considerado o “princípio dos princípios” e sustentáculo das prisões cautelares, a proporcionalidade atua como o fiel da balança na tensão dialética entre a proteção da liberdade individual e a eficácia da repressão estatal, impondo ao juiz o dever de ponderar, sob os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁸, se a medida restritiva é compatível com a gravidade do fato e a situação do agente. Nesse contexto, a prisão preventiva deve figurar rigorosamente como *ultima ratio*, sendo inadmissível que a tutela cautelar se converta em antecipação de pena ou se mostre mais severa do que a provável sanção final. Sobre esta necessária simetria, leciona Badaró:

Deverá haver uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada. [...] O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. [...] **Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar**⁹. (Grifo nosso).

⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. art. 5º, LXI.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. art. 5º, LXI e art. 93, IX.

⁸ JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.731. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jul. 2025.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007. t. II, p. 150-152.

Por fim, a cautelaridade penal é regida pela provisionalidade e pelo contraditório. O princípio da provisionalidade estabelece que a prisão cautelar é “situacional”, ou seja, sua manutenção está estritamente vinculada à persistência dos motivos fáticos que a autorizaram (*rebus sic stantibus*). Uma vez desaparecido o *periculum libertatis*, a medida deve ser imediatamente revogada, conforme o art. 316 do CPP. Este princípio é reforçado pela exigência de uma revisão periódica da necessidade da prisão a cada 90 dias, sob pena de ilegalidade. O contraditório, por sua vez, ainda que de forma temperada, deve ser observado, sendo a regra a intimação da defesa para se manifestar sobre o pedido de cautelar antes da decisão judicial, ressalvados apenas os casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida, que devem ser devidamente justificados (art. 282, § 3º, CPP).

A exigência de respeito a essas garantias fundamentais impõe que a própria lógica de funcionamento das medidas cautelares penais seja interpretada à luz de um padrão cognitivo constitucionalmente adequado, o que significa reconhecer que a restrição provisória da liberdade só se legitima mediante demonstração suficientemente robusta de que há um *fumus comissi delicti* dotado de consistência probatória e um *periculum libertatis* concreto e atual, categorias estas que serão aprofundadas em momento próprio ao longo deste trabalho, dada sua centralidade para a compreensão da estrutura cautelar.

2.2 Arquitetura da prisão preventiva no Código de Processo Penal

Superada a análise dos princípios constitucionais que informam a excepcionalidade da prisão cautelar, cumpre examinar a sua estrutura legal, ou seja, os pressupostos e requisitos para sua decretação conforme delineado no Código de Processo Penal. A legislação brasileira, em seu artigo 312, estabelece que a prisão preventiva depende da coexistência de dois pilares fundamentais: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Trata-se de uma estrutura bifronte, na qual a ausência de qualquer um desses elementos torna a medida ilegal e arbitrária, sendo imprescindível a demonstração simultânea da plausibilidade da acusação e do perigo concreto gerado pelo estado de liberdade do imputado¹⁰.

O *fumus comissi delicti*, ou “fumaça da prática do delito”, representa o juízo de probabilidade sobre a existência do fato criminoso e sua autoria. Ele se decompõe em dois pressupostos cumulativos: a “prova da existência do crime” e o “indício suficiente de autoria”

¹⁰ JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.715. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jul. 2025.

(art. 312, *caput*, CPP). A “prova da existência do crime” equivale à demonstração da materialidade delitiva, exigindo um juízo de certeza sobre a ocorrência do fato típico, não bastando meras conjecturas. Já o “indício suficiente de autoria” não demanda a mesma certeza da materialidade, mas exige mais do que uma simples possibilidade; requer elementos probatórios concretos que estabeleçam um vínculo provável entre o investigado e o fato, afastando-se de ilações ou presunções¹¹.

A aferição do *fumus comissi delicti* exige um padrão de cognição específico, situado entre a mera possibilidade e a certeza. Para as medidas cautelares, não basta um juízo frágil de possibilidade; é imperativo um juízo de probabilidade, que se caracteriza pela preponderância dos elementos que sustentam a hipótese acusatória em detrimento daqueles que a contradizem¹². Essa noção de probabilidade se traduz na verossimilhança da acusação, a qual, segundo a lição de CARNELUTTI, deve ser analisada em uma dupla dimensão. Exige-se a aparência de que todos os requisitos positivos do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) estão presentes e, simultaneamente, que não haja uma aparência provável da ocorrência de requisitos negativos, como as causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade¹³.

O segundo pilar de sustentação da prisão preventiva é o *periculum libertatis*, que representa a dimensão propriamente cautelar da medida. Trata-se do perigo concreto que o estado de liberdade do sujeito passivo representa para a eficácia do processo ou para o meio social¹⁴. Diferente do *fumus comissi delicti*, que olha para o passado (o crime que provavelmente ocorreu), o *periculum libertatis* projeta um olhar para o futuro, buscando identificar um risco real que justifique a drástica medida da prisão. É crucial sublinhar que este perigo não pode ser abstrato, presumido ou baseado em conjecturas. A lei exige a demonstração de um perigo efetivo e contemporâneo, devidamente amparado em elementos fáticos do caso concreto, pois sem um perigo real, a prisão deixa de ser cautelar e se transforma em uma indevida antecipação de pena.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 312, estabelece um rol taxativo (*numerus clausus*) das situações fáticas que configuram o *periculum libertatis*, autorizando a decretação

¹¹ *Id. Ibid.* p. 779.

¹² *Id. Ibid.* p. 780.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volume 2. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

¹⁴ JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.782. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jul. 2025.

da prisão preventiva apenas nas hipóteses ali expressamente previstas. Nesses termos, dispõe o dispositivo legal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado¹⁵.

Uma vez estabelecida a necessidade de um perigo concreto e futuro (*periculum libertatis*), é imperativo analisar cada uma das hipóteses taxativamente previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Elas representam as situações fáticas que, legalmente, podem justificar a supressão da liberdade de um indivíduo ainda presumido inocente. Outrossim, é fundamental compreender que as quatro hipóteses que configuram o *periculum libertatis*, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, são de natureza alternativa, e não cumulativa. Isto significa que a demonstração fática e concreta de apenas uma dessas situações de perigo é suficiente para preencher o requisito, não se exigindo que o julgador fundamente a decisão em múltiplos riscos simultâneos. Assim, por exemplo, a comprovação de que o acusado está ameaçando testemunhas, configurando a “conveniência da instrução criminal”, autoriza, por si só, o preenchimento deste pilar da prisão preventiva, ainda que não haja qualquer indício de risco de fuga ou de abalo à ordem pública.

A primeira hipótese, a conveniência da instrução criminal, é a indiscutível manifestação da cautelaridade. Seu objetivo é estritamente endoprocessual: proteger a atividade de coleta de provas de qualquer interferência indevida por parte do acusado. Isso se materializa em situações concretas onde há prova de que o réu, em liberdade, está ameaçando testemunhas, intimidando a vítima, destruindo documentos ou, de qualquer outra forma, buscando alterar a verdade dos fatos. A prisão, neste caso, serve como um escudo para garantir a integridade e a fidelidade da prova a ser produzida no processo, cessando a medida tão logo a fase de instrução se encerre.

De forma semelhante, a prisão para assegurar a aplicação da lei penal também possui um caráter eminentemente processual. Ela visa neutralizar um risco de fuga concreto e iminente do acusado, que, se efetivado, tornaria inútil todo o desenvolvimento do processo e a eventual imposição de uma pena. É crucial destacar que a decretação da prisão preventiva para “assegurar a aplicação da lei penal” não autoriza o julgador a realizar um exercício de futurologia ou a se basear em meras projeções sobre o comportamento do acusado. A decisão não pode se fundamentar em presunções de fuga decorrentes de fatores abstratos, como a

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 312, *caput*.

gravidade do crime, a pena cominada ou a condição econômica do réu. O risco de fuga não pode ser presumido, exigindo, ao contrário, a demonstração de atos concretos por parte do imputado que indiquem uma real intenção de se furtar à eventual aplicação da sanção penal¹⁶. Assim, para que este fundamento seja validamente invocado, é necessária a presença de elementos fáticos, como a venda de bens, a tentativa de obtenção de passaporte falso ou outras ações que permitam deduzir que o acusado efetivamente planeja evadir-se.

Adentrando um campo mais controverso, a garantia da ordem econômica foi introduzida para coibir a reiteração de crimes financeiros complexos, como os praticados contra o sistema financeiro ou a ordem tributária. A prisão se justificaria para interromper a atuação de organizações criminosas que, em liberdade, continuariam a lesar a coletividade e a desestabilizar a economia. Apesar de sua finalidade específica, este fundamento também é alvo de críticas por sua vagueza e pela dificuldade em delimitar o que exatamente constitui um risco à “ordem econômica”, aproximando-se perigosamente da lógica indeterminada da “ordem pública”.

Finalmente, a garantia da ordem pública emerge como o fundamento mais invocado e, ao mesmo tempo, o mais criticado e problemático. Trata-se de um conceito jurídico vago, de conteúdo aberto, que historicamente tem servido como uma cláusula geral que permite a privação da liberdade para além dos limites do processo penal. Sob o manto da “ordem pública”, abrigam-se diversas subfinalidades que desvirtuam a natureza cautelar da prisão, como a contenção da periculosidade do agente, a resposta ao clamor social gerado pelo crime, a necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições, a punição pela gravidade em abstrato do delito e a prevenção do risco de reiteração criminosa. É através dessa porta aberta que a prisão preventiva abandona seu caráter instrumental para assumir uma feição de medida de segurança pública e de antecipação de pena, tema que será objeto de análise crítica dos próximos tópicos do presente trabalho.

Para além da necessária subsunção do fato a uma das hipóteses legais, a legitimidade do *periculum libertatis* depende de uma dimensão temporal, manifestada através dos princípios da atualidade do perigo e da provisionalidade. O primeiro, agora positivado pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), exige que o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado seja contemporâneo à decisão judicial que decreta a prisão. Conforme o § 2º do art.

¹⁶ JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.785. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jul. 2025.

312 do CPP, a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo concreto¹⁷.

Isso significa que não basta a existência de um perigo pretérito, identificado no momento da prática do delito; é indispensável que o risco processual persista e se apresente de forma atual no momento da decisão judicial, demonstrado por fatos novos ou contemporâneos que evidenciem a concreta necessidade da medida extrema. A prisão preventiva não pode fundar-se em riscos hipotéticos ou em projeções abstratas sobre o comportamento futuro do imputado, sob pena de esvaziar sua natureza cautelar.

A exigência de fundamentação em elementos concretos, afastando o campo da mera especulação, decorre diretamente da lógica garantista que estrutura a prisão cautelar. O *periculum libertatis* não se satisfaz com ilações genéricas, estigmas pessoais ou prognósticos vagos de reiteração delitiva, exigindo demonstração empírica de risco real, presente e individualizado.

A decisão judicial que decreta ou mantém a prisão preventiva deve, portanto, estar ancorada em fatos objetivamente verificáveis que indiquem ameaça efetiva ao regular desenvolvimento do processo ou à aplicação da lei penal. Fora desse horizonte, a restrição antecipada da liberdade perde sua legitimidade jurídico-constitucional e converte-se em exercício arbitrário do poder punitivo, incompatível com as garantias estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Intimamente ligado à atualidade, o princípio da provisionalidade estabelece que a prisão cautelar, por sua natureza, é regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, ela só se mantém enquanto perdurarem os fatos que a fundamentaram. Desaparecido o *periculum libertatis* que justificou a medida, a prisão deve ser imediatamente revogada, conforme o artigo 316 do CPP. Ambos os princípios atuam como importantes salvaguardas contra a banalização do encarceramento e a sua conversão em uma execução antecipada da pena.

Ainda no âmbito da análise do princípio da provisionalidade, é imperativo abordar a dimensão temporal da custódia. Por uma opção metodológica, este trabalho não se aprofundará na complexa discussão acerca dos prazos e da duração razoável da prisão preventiva, tema que, por si só, demandaria uma análise exclusiva. Contudo, é impossível ignorar que a ausência de um prazo máximo legalmente definido para a prisão cautelar no Brasil representa uma grave lacuna legislativa e uma fonte de violações de direitos. A indeterminação temporal da prisão preventiva permite, na prática, que a custódia cautelar se prolongue por períodos excessivos,

¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 312, §2º.

assumindo contornos de verdadeira pena antecipada, em manifesta distorção de sua natureza instrumental.

Como forma de mitigar os efeitos da inexistência de um prazo máximo, a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) introduziu um mecanismo de controle de suma importância: o reexame periódico obrigatório da necessidade da prisão. O parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal passou a determinar que o órgão emissor da decisão revise a necessidade da manutenção da prisão a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal¹⁸. Esta inovação legislativa reforça o caráter *rebus sic stantibus* da medida, impondo ao Judiciário um dever ativo de reavaliar a persistência do *periculum libertatis*¹⁹. Trata-se de um avanço civilizatório que materializa o princípio da provisionalidade, evitando que as prisões cautelares se perpetuem no tempo por inércia e se transformem em verdadeiras penas²⁰.

É crucial compreender que os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal funcionam como um duplo filtro de legalidade, estabelecendo requisitos que devem ser preenchidos de forma cumulativa e interdependente. A doutrina ressalta que ambos os dispositivos devem ser sempre conjugados, de modo que a decretação da prisão preventiva só se torna legalmente viável quando a situação concreta ultrapassa as barreiras impostas por ambos. Desse modo, ainda que um crime seja doloso e tenha pena máxima superior a 4 (quatro) anos, preenchendo o requisito de admissibilidade do art. 313, I, a prisão será ilegal se não estiverem presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* exigidos pelo art. 312. Inversamente, mesmo que haja prova da materialidade, indícios de autoria e um perigo concreto gerado pela liberdade do acusado (art. 312), a prisão preventiva não poderá ser decretada se o caso não se enquadrar em uma das hipóteses de cabimento do art. 313.

Compreendida essa interdependência, a análise do artigo 313 revela os limites de incidência da prisão, que funcionam como um filtro de proporcionalidade. A regra geral, estabelecida no inciso I, é que a prisão preventiva somente é admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Esta norma veda categoricamente a aplicação da medida em qualquer crime culposos e estabelece um critério

¹⁸ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 316, Parágrafo único.

¹⁹ A revisão periódica obrigatória da prisão preventiva, introduzida pela Lei nº 13.964/2019, teve sua eficácia significativamente esvaziada pela interpretação jurisprudencial segundo a qual o prazo de 90 dias do art. 316, parágrafo único, do CPP não é peremptório, não acarretando, por si só, a ilegalidade da custódia nem a soltura automática do preso.

²⁰ JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.729. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jul. 2025.

objetivo de gravidade, cuja principal razão é a harmonização com o Código Penal: seria um contrassenso impor a prisão cautelar em casos nos quais, mesmo após uma condenação, a pena final provavelmente não resultaria em encarceramento, mas sim na sua substituição por medidas restritivas de direitos²¹.

O artigo 313, contudo, prevê exceções a essa regra geral. O inciso II admite a prisão em crimes dolosos com pena inferior a quatro anos se o investigado for reincidente em outro crime doloso, com sentença transitada em julgado. Esta disposição, no entanto, é alvo de severas críticas doutrinárias por representar um flagrante *bis in idem* e violar a presunção de inocência, pois utiliza um fato pretérito (a condenação anterior) para justificar uma medida cautelar no presente, conferindo ao reincidente uma “presunção de culpabilidade” de caráter inconstitucional²².

O inciso III, por sua vez, autoriza a prisão no contexto de violência doméstica e familiar contra pessoas vulneráveis, com a finalidade específica de garantir a execução de medidas protetivas de urgência. Contudo, tal dispositivo deve ser interpretado com cautela e proporcionalidade, não como uma autorização automática para prender, mas como um reforço à necessidade da medida quando já presentes os requisitos do artigo 312.

Por fim, o parágrafo primeiro do mesmo artigo contempla a hipótese de prisão quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa. Esta modalidade, não pode ser utilizada como uma “prisão para averiguações”²³. Sua aplicação deve ser excepcionalíssima e sistemática, exigindo-se a presença dos demais requisitos da prisão preventiva. Complementarmente, o parágrafo segundo, incluído pelo Pacote Anticrime, veda expressamente a decretação da prisão com a finalidade de antecipação de pena ou como decorrência automática da investigação ou do recebimento da denúncia, reforçando seu caráter estritamente cautelar.

Além desses requisitos de admissibilidade, a lei estabelece uma barreira intransponível à decretação da prisão no artigo 314 do CPP: ela em nenhum caso será decretada se o juiz verificar, pelas provas dos autos, que o agente praticou o fato amparado por uma das causas de exclusão da ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito). Para a aplicação desta vedação, não se exige uma prova cabal e definitiva da excludente, mas uma “fumaça” de

²¹ *Id. Ibid.* p. 788.

²² SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal*. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 368.

²³ JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.791. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jul. 2025.

sua ocorrência, ou seja, uma dúvida razoável sobre a ilicitude da conduta. Diante da gravidade da prisão, a dúvida, neste momento processual, deve militar em favor do réu (*in dubio pro reo*)²⁴.

Uma vez superados os filtros dos artigos 313 e 314, a decisão judicial ainda deve atender a um elevado padrão de qualidade em sua motivação, conforme a profunda alteração promovida no artigo 315 do CPP, pela Lei nº 13.964/2019. Com a nova redação, o parágrafo primeiro passou a exigir que a motivação indique concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida, reforçando o princípio da atualidade do perigo. A principal inovação, contudo, reside no parágrafo segundo, que lista seis hipóteses em que uma decisão não será considerada fundamentada, sendo, portanto, nula.

O legislador buscou, com isso, vedar decisões genéricas e padronizadas. Considera-se nula a decisão que se limita a parafrasear o texto legal (como a mera transcrição do art. 312); que emprega conceitos jurídicos indeterminados, como a “garantia da ordem pública”, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; que invoca motivos que serviriam para justificar qualquer outra decisão; ou que não enfrenta todos os argumentos deduzidos pela defesa que poderiam, em tese, levar a uma conclusão diversa²⁵. Este artigo representa um grande avanço contra a arbitrariedade, exigindo uma fundamentação concreta, individualizada e que respeite o contraditório.

Finalmente, a arquitetura legal da prisão preventiva se completa com o artigo 316, que materializa o princípio da provisionalidade, ao estabelecer que a custódia cautelar é situacional e deve ser revogada sempre que cessarem os motivos que a justificaram. A grande inovação introduzida pela Lei nº 13.964/2019 consistiu na inclusão do parágrafo único, que instituiu o dever de o órgão emissor da decisão revisar, de ofício, a necessidade de manutenção da prisão a cada 90 dias, sob pena de ilegalidade da custódia. A redação original da norma foi clara ao prever um verdadeiro “prazo com sanção”, vinculando o descumprimento do lapso nonagesimal à invalidade da prisão preventiva.

Contudo, essa inovação legislativa teve seu alcance significativamente esvaziado pela interpretação firmada pelos tribunais superiores, segundo a qual a inobservância do prazo não acarreta a revogação automática da prisão. Nesse sentido, como consta na edição nº 184 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se o entendimento de que:

²⁴ *Id. Ibid.* p. 792

²⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 315, § 2º, I – VI.

O prazo de 90 dias previsto no parágrafo único do art. 316 do CPP para revisão da prisão preventiva não é peremptório, de modo que eventual atraso na execução do ato não implica reconhecimento automático da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade²⁶.

Ao afastar qualquer sanção processual pelo descumprimento do dever de revisão periódica, essa interpretação transforma um comando legal expresso em mera recomendação, esvaziando o potencial garantidor da norma e comprometendo sua função de controle da duração das prisões cautelares.

Por fim, a imposição de medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319, deve ser priorizada sempre que aptas a mitigar o risco processual, vedando-se qualquer ressurreição de um “poder geral de cautela” não previsto em lei²⁷. A prisão preventiva, portanto, só se harmoniza com a Constituição quando aplicada como *última ratio*, após demonstrada a insuficiência concreta de todas as demais ferramentas menos gravosas colocadas à disposição do juiz.

2.3 “Garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: indeterminação conceitual, desvio de cautelaridade e expansão punitiva

A noção de “ordem pública”, quando utilizada como fundamento da prisão preventiva, apresenta-se como uma das categorias mais controvertidas do sistema processual penal brasileiro. Sua indeterminação semântica permite que seja compreendida a partir de múltiplas acepções, que vão desde a preservação da paz social até a tutela da credibilidade das instituições estatais. A doutrina e a prática jurisdicional passaram, ao longo do tempo, a associar esse fundamento a fatores como a gravidade concreta do delito, a repercussão social do fato e a periculosidade atribuída ao imputado. Essa multiplicidade de sentidos, embora revele a centralidade do instituto, impõe leitura especialmente cautelosa, pois a elasticidade conceitual da ordem pública permite que ela funcione tanto como critério excepcional de tutela cautelar quanto como instrumento de expansão do poder punitivo, tensionando o princípio da legalidade estrita e o modelo constitucional de contenção da prisão preventiva.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses. Edição nº 184*. Brasília: STJ, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/12339/12443>. Acesso em: 10 dez. 2025.

²⁷ DELMANTO, Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. p. 287-288. ISBN 9788553612956. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553612956/>. Acesso em: 08 dez. 2025.

No plano dogmático, identifica-se um conjunto de fatores que, em tese, poderiam indicar a necessidade de tutela cautelar, como a gravidade concreta do delito, a repercussão social do fato e a periculosidade evidenciada por circunstâncias específicas do caso. Todavia, tais elementos não autorizam, por si sós, a decretação da prisão preventiva. A gravidade concreta não se confunde com a gravidade abstrata do tipo penal; a repercussão social não pode ser reduzida a clamor midiático; e a periculosidade não se presume, devendo ser demonstrada a partir de dados objetivos constantes dos autos. A utilização desses critérios sem o devido lastro probatório converte a ordem pública em cláusula de justificação genérica, incompatível com a exigência de risco processual concreto.

Nesse contexto, a crítica dirigida por André de Abreu Costa à utilização da categoria “interesse público” na narrativa jurídica oferece um importante paralelo para a compreensão da “ordem pública” como fundamento cautelar. Ao examinar a forma como o interesse público é mobilizado no debate sobre o direito ao esquecimento, o autor demonstra que não se trata de um dado neutro ou autoevidente, mas de uma construção discursiva que seleciona, a partir de determinadas disputas de poder, quais fatos e memórias serão preservados como relevantes para a coletividade²⁸. Nesse contexto, torna-se possível perceber que expressões como “interesse público” ou “credibilidade das instituições”, frequentemente invocadas na decretação da prisão preventiva, funcionam como conceitos jurídicos indeterminados, cuja indeterminação semântica permite legitimar decisões punitivas antecipadas sem a devida demonstração de *periculum libertatis* concreto e atual. Em outras palavras, assim como o “interesse público” pode operar como rótulo legitimador de escolhas políticas na narrativa do direito ao esquecimento²⁹, a “ordem pública” tende a cumprir papel semelhante no processo penal, abrindo espaço para uma expansão do poder punitivo incompatível com a exigência de legalidade estrita e com o modelo garantista de cautelaridade.

Essa indeterminação conceitual não é acidental, mas estrutural. Conforme adverte Antonio Magalhães Gomes Filho o critério da ordem pública traduz-se em “um verdadeiro recurso retórico do legislador, utilizado ‘com o objetivo de superar a rigidez tipificadora da

²⁸ COSTA, André de Abreu. *Direito ao esquecimento: o tempo na narrativa jurídica acerca da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a ser “deixado em paz.”* 381 f. 2019. Tese (Doutorado em História) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal de Ouro Preto, Mariana, 2019, p. 252-255. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/12928>. Acesso em: 26 jan. 2026.

²⁹ *Id. Ibid.*

dogmática jurídica’ e que implica a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza judicial.”³⁰

Ao afastar-se de parâmetros normativos estritos, a ordem pública passa a operar como cláusula de abertura do sistema, permitindo a incorporação de finalidades que extrapolam a lógica cautelar propriamente dita. O mesmo autor observa que, sob esse rótulo, passam a ser admitidas formas de encarceramento provisório que não se vinculam à proteção do processo, mas à defesa social, invocando-se ideias como “exemplaridade”, entendida como reação imediata ao delito voltada a satisfazer o sentimento de justiça da sociedade, ou ainda concepções de prevenção especial, fundadas na suposição de que a primeira infração revelaria propensão acentuada à criminalidade ou risco de novas condutas, inclusive relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado³¹. Essa ampliação funcional evidencia o desvio de cautelaridade da prisão preventiva e confirma o risco de sua conversão em instrumento de controle social antecipado.

Nessa perspectiva, a ordem pública não pode ser compreendida como fórmula aberta apta a legitimar qualquer intervenção cautelar. Sua invocação somente se mostra juridicamente admissível quando vinculada a um *periculum libertatis* atual, concreto e devidamente comprovado. A prisão preventiva, enquanto medida excepcional, não se presta à tutela do desvalor da conduta, à antecipação de juízo de culpabilidade ou à satisfação de expectativas sociais difusas. Quando utilizada como fundamento autônomo, desvinculado de fatos verificáveis, a ordem pública subverte o devido processo legal, viola a presunção de inocência e transforma a cautelar em verdadeira pena antecipada. Essa compreensão encontra sólido respaldo na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a prisão preventiva, como regra, não pode ser legitimada exclusivamente com base na invocação da credibilidade das instituições públicas, tampouco na repercussão nacional do fato ou no sentimento de indignação social por ele provocado³². Tal orientação reafirma que a prisão preventiva não pode ser instrumentalizada como resposta simbólica à criminalidade ou como mecanismo de preservação abstrata da confiança social, exigindo-se, sempre, a demonstração de risco processual concreto e atual.

³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66-67.

³¹ *Id. Ibid.*

³² BRASIL. STF. *HC 101.537*, rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). No mesmo sentido: *HC 95.358*, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6-8-2010; *HC 84.662*, rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJe de 22-10-2004.

Daí a necessidade de estabelecer critérios operacionais rigorosos para aferição desse fundamento. A gravidade do fato somente assume relevância jurídica quando associada a circunstâncias específicas que indiquem risco atual; a repercussão social deve ser empiricamente demonstrável, com base em dados objetivos, e não em narrativas sensacionalistas; e a periculosidade exige indícios sólidos, como vínculos com organizações criminosas, atos preparatórios de reiteração ou ameaças concretas. Nenhum desses elementos pode ser presumido. Antecedentes isolados, a mera natureza do crime ou a comoção social não satisfazem o padrão epistêmico exigido para a restrição cautelar da liberdade. A superação dessas exigências por juízos subjetivos ou impressões intuitivas pavimenta o caminho para decisões arbitrárias e incompatíveis com o paradigma constitucional de contenção do poder punitivo.

O reforço normativo introduzido pelos arts. 315 e 316 do Código de Processo Penal desempenha papel central nesse contexto. A exigência de fundamentação concreta, individualizada e baseada em fatos contemporâneos, bem como a imposição de revisão periódica da medida, constituem mecanismos essenciais de contenção do uso retórico da ordem pública. Não se trata de formalismo, mas de exigência estrutural do processo penal garantista, que impõe a reconstrução contínua dos fundamentos da prisão à luz da realidade processual atual.

Também a análise das medidas cautelares diversas da prisão revela-se indispensável. A subsidiariedade da custódia preventiva impõe ao julgador o dever de justificar, de maneira concreta, a inadequação ou insuficiência das medidas previstas no art. 319 do CPP. Tal ônus argumentativo não recai exclusivamente sobre a defesa, mas igualmente sobre o órgão acusador e sobre o próprio magistrado, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade.

No plano temporal, a legitimidade da prisão preventiva subsiste apenas enquanto perdurar a necessidade concreta da medida. O prolongamento excessivo da custódia cautelar converte-a em cumprimento antecipado de pena, em afronta à presunção de inocência e à razoável duração do processo, razão pela qual o controle do tempo e a reavaliação constante dos fundamentos assumem função garantidora central.

Finalmente, é indispensável reconhecer que a aplicação da ordem pública não opera em um vácuo social. Ela incide sobre corpos concretos e sobre estruturas desiguais do sistema penal. Estudos empíricos revelam que a cláusula da ordem pública tende a ser aplicada com maior severidade contra grupos socialmente vulnerabilizados, pessoas pobres e moradores de periferia, enquanto agentes com maior capital social ou econômico frequentemente recebem

respostas menos gravosas. Essa assimetria demonstra que a indeterminação conceitual da ordem pública não é apenas problema teórico: é variável que potencializa desigualdades estruturais. Por isso, qualquer interpretação que adote uma leitura ampliativa da ordem pública sem filtros epistêmicos rigorosos contribui para a seletividade do sistema penal e para a fragilização do projeto constitucional de um processo penal democrático e garantista.

Essa seletividade não se esgota no momento da decretação da prisão preventiva, mas projeta seus efeitos sobre todo o sistema de encarceramento. Estudos empíricos evidenciam que a prisão, no contexto brasileiro, opera como tecnologia de poder voltada à neutralização e à incapacitação política dos indivíduos submetidos ao cárcere, produzindo sujeitos progressivamente afastados da condição de participantes do espaço democrático. Tal dinâmica confirma que a utilização expansiva da ordem pública como fundamento cautelar não apenas restringe a liberdade de forma antecipada, mas também inaugura um percurso institucional de exclusão que se prolonga para além da fase processual³³.

Em suma, a ordem pública só pode ser considerada fundamento legítimo da prisão preventiva quando submetida a critérios objetivos, demonstrada por provas idôneas, interpretada restritivamente e reconstruída à luz da presunção de inocência. Seu uso expansivo, baseado em fórmulas vagas, ruídos midiáticos ou juízos morais, desvirtua a natureza da medida cautelar, transforma o processo em instrumento de punição simbólica e corrói as garantias que estruturam o Estado de Direito.

A análise desenvolvida ao longo deste capítulo evidencia que a utilização expansiva da “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva não constitui fenômeno isolado, mas integra um movimento mais amplo de flexibilização das garantias processuais em nome da segurança e da eficiência repressiva. Quando a custódia cautelar deixa de se orientar por riscos processuais concretos e passa a fundamentar-se em juízos de perigosidade, reprovação moral ou proteção simbólica da ordem social, o processo penal desloca-se de sua função garantidora para assumir feições de contenção e neutralização do imputado. É precisamente nesse ponto que se estabelece a conexão com o próximo capítulo, dedicado ao exame do Direito Penal do Inimigo, cuja lógica se estrutura na distinção entre cidadãos e indivíduos considerados perigosos, legitimando a restrição antecipada de direitos e a mitigação das garantias fundamentais. A prisão preventiva fundada em uma noção ampla e pouco definida

³³CARVALHO, Stephanie Ribeiro. *A construção procedimental e discursiva do direito como ação desestruturante do poder punitivo nas prisões do Brasil: do assujeitamento incapacitante da pessoa encarcerada ao seu reconhecimento como sujeito de direito*. 2020. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/jspui/handle/123456789/15044>. Acesso em: 06 de jan. 2025

de ordem pública torna-se, assim, um dos principais meios pelos quais se admite a restrição antecipada da liberdade. Ao se apoiar em argumentos ligados à segurança e à suposta periculosidade do acusado, essa forma de fundamentação afasta-se do modelo garantista do processo penal e aproxima a prática judicial de lógicas penais voltadas mais à contenção do indivíduo do que à proteção das garantias fundamentais.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO: FUNDAMENTOS E IMPLICAÇÕES

O presente capítulo examina a teoria do Direito Penal do Inimigo, a partir da formulação desenvolvida por Günther Jakobs³⁴, bem como suas principais implicações dogmáticas e político-criminais no contexto contemporâneo. Analisa-se a cisão entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, a lógica da antecipação da punibilidade, a flexibilização de garantias fundamentais e a centralidade da periculosidade do agente como critério de intervenção penal. A partir da noção de “terceira velocidade” do Direito Penal, demonstra-se como essa racionalidade excepcional transcende o plano teórico e infiltra-se em institutos tradicionais do processo penal, especialmente por meio de práticas orientadas à neutralização preventiva do risco, em tensão estrutural com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

3.1 Formulação de Günther Jakobs: da descrição à justificação normativa

A teoria do Direito Penal do Inimigo, formulada pelo jurista alemão Günther Jakobs, representa uma inflexão significativa em relação ao paradigma garantista que historicamente orienta o Direito Penal e o processo penal nos Estados Democráticos de Direito. Em sua formulação inicial, Jakobs apresentou a noção de Direito Penal do Inimigo com pretensão predominantemente descritiva, buscando identificar e sistematizar práticas já existentes em diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo no enfrentamento da criminalidade organizada, do terrorismo e de outras formas de macrocriminalidade. Tratava-se, segundo essa leitura inicial, de um esforço teórico voltado à explicitação de fenômenos excepcionais, sem a pretensão declarada de legitimar normativamente tais práticas.

Contudo, a evolução do pensamento de Jakobs revela uma mudança substancial de postura. A partir do final da década de 1990, o autor abandona progressivamente a posição meramente descritiva para assumir uma perspectiva afirmativa e justificadora da distinção entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. Luiz Flávio Gomes³⁵ documenta essa evolução crucial:

³⁴ GÜNTHER JAKOBS é Catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn, Alemanha.

³⁵ LUIZ FLÁVIO GOMES é Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista.

No seu mais recente livro (*Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: *Civitas*, 2003), abandonou claramente sua postura descritiva do denominado Direito Penal do inimigo (postura essa divulgada primeiramente em 1985, na Revista de Ciência Penal - ZStW, n. 97, 1985, p. 753 e ss.), passando a empunhar (desde 1999, mas inequivocamente a partir de 2003) a tese afirmativa, legitimadora e justificadora (p. 47) dessa linha de pensamento³⁶.

Essa transição marca o ponto mais sensível da teoria, pois transforma um diagnóstico crítico em fundamento de legitimação da expansão punitiva.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes³⁷ corrobora essa leitura ao destacar que a teoria do Direito Penal do Inimigo surge inicialmente como crítica a legislações de exceção já existentes, mas gradualmente passa a ser apresentada como resposta necessária e inevitável diante de novos cenários de risco, especialmente no contexto posterior aos atentados terroristas que marcaram o início do século XXI³⁸. Nesse ambiente, o discurso da segurança e da prevenção assume centralidade, favorecendo a aceitação de mecanismos de antecipação da tutela penal e de flexibilização das garantias tradicionais sob o argumento da defesa da sociedade frente a ameaças excepcionais.

A emergência dessa racionalidade penal não se dá, portanto, de forma isolada ou abstrata, mas como reflexo de transformações concretas nas sociedades contemporâneas, caracterizadas por elevada complexidade social, intensificação de riscos e crescente demanda por respostas penais imediatas. O Direito Penal do Inimigo insere-se nesse contexto como expressão teórica de tendências expansionistas do sistema penal, frequentemente materializadas em legislações de emergência e em políticas criminais orientadas por critérios de eficiência e segurança, ainda que em detrimento de garantias fundamentais³⁹.

Todavia, é justamente nesse ponto que se concentram as críticas mais contundentes à teoria de Jakobs. A fundamentação funcionalista que sustenta o Direito Penal do Inimigo, centrada na estabilização das expectativas normativas e na preservação da vigência do sistema jurídico, revela-se problemática quando desvinculada de critérios materiais de limitação do

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010, p. 1. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 17 jan. 2026.

³⁷ ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. 2006. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7105>. Acesso em: 10 jan. 2026.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 17 jan. 2026.

poder punitivo. Nesse sentido, Claus Roxin formula crítica direta à ideia de vigência normativa como valor autônomo, nos seguintes termos:

[...] não pode ser fim da pena garantir a vigência da norma como valor em si próprio. Pelo contrário, essa garantia da vigência da norma tem de garantir os bens jurídicos protegidos pela norma. Isso acabou reconhecido pelo próprio Jakobs, ao apontar que não é suficiente que a um agente lhe seja atribuído o seu fato como erro seu, mas que essa certeza normativa só terá capacidade de guiar comportamentos se ela estiver ‘cognitivamente alicerçada’, isto é, ‘não pode existir uma certa probabilidade de que o cidadão se torne vítima ao fazer uso de seus direitos’. Se o Direito Penal não tem apenas de confirmar a vigência da norma, mas também garantir a segurança, ele está protegendo bens jurídicos, o que deveria ser reconhecido também por Jakobs⁴⁰.

A partir dessa advertência, evidencia-se que a própria lógica funcionalista, quando levada às suas últimas consequências, acaba por exigir a reintrodução da tutela de bens jurídicos como limite material da intervenção penal. Ao privilegiar a funcionalidade do sistema em detrimento da proteção de bens jurídicos e da centralidade da pessoa humana, o funcionalismo radical jakobsiano incorre no risco de legitimar qualquer ordenamento jurídico, inclusive regimes autoritários, desde que aptos a assegurar a estabilidade normativa, conduzindo a um formalismo que esvazia o sentido garantista do Direito Penal.

A doutrina crítica, especialmente aquela alinhada ao garantismo penal, reagiu de forma severa a essa construção teórica. A categoria do “inimigo” é apontada como intrinsecamente incompatível com o Estado de Direito, na medida em que admite a existência de sujeitos submetidos a um regime penal de exceção, no qual garantias fundamentais podem ser relativizadas ou suprimidas. A possibilidade de tratar determinados indivíduos como não-pessoas ou como destinatários de um “direito penal sem direitos” afronta diretamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da universalidade dos direitos fundamentais.

Ainda assim, a relevância da teoria de Jakobs não pode ser ignorada. Seu principal mérito reside na capacidade de oferecer um esquema conceitual poderoso para a compreensão de tendências expansionistas observadas em diversos sistemas penais, especialmente no uso crescente de tipos penais de perigo abstrato, na antecipação da intervenção penal e na ampliação de medidas cautelares pessoais. No contexto brasileiro, essa chave interpretativa mostra-se particularmente fecunda para a análise crítica da prisão preventiva fundada na “garantia da ordem pública”, instituto que, não raras vezes, opera como mecanismo de contenção antecipada

⁴⁰ ROXIN, C. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico In: GRECO, L; TÒRTIMA, F.L. (org). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 205.

de indivíduos percebidos como perigosos, aproximando o processo penal de lógicas próprias do Direito Penal do Inimigo, tema que será desenvolvido nos tópicos subsequentes.

3.2 Cisão fundamental: cidadão versus inimigo

O ponto de partida de Jakobs é a distinção entre duas figuras: o “cidadão” e o “inimigo”. O cidadão é aquele que, ainda que eventualmente descumpra a lei penal, permanece inserido no horizonte de expectativas normativas do sistema jurídico. Sua conduta delitiva é percebida como um desvio pontual em relação a uma trajetória predominantemente conforme ao direito. Por isso, a reação estatal dirigida ao cidadão é estruturada como pena, aplicada a partir de um fato pretérito, comprovado mediante devido processo legal, e limitada por garantias como legalidade, culpabilidade e proporcionalidade.

O inimigo, ao contrário, é concebido como aquele que se afasta estruturalmente do papel de sujeito de direitos, passando a ser visto como um risco permanente à vigência das normas e à estabilidade do próprio sistema social. Trata-se do indivíduo que, por sua atuação reiterada, organizada ou ideologicamente orientada contra a ordem estabelecida, não oferece nenhuma “garantia cognitiva” de comportamento minimamente confiável, entendida como a expectativa racional de que o indivíduo orientará sua conduta futura de acordo com as normas jurídicas vigentes⁴¹. É nesse sentido que Jakobs afirma que:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas, diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído⁴². (Grifo nosso).

Luiz Flávio Gomes oferece definição precisa: “Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”⁴³. Trata-se do estranho, do perigoso, daquele que causa mal à sociedade e rompe de modo sistemático com as expectativas normativas que sustentam a ordem social. Denise Maldonado conceitua essa figura como:

⁴¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Org. e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 114.

⁴² *Id. Ibid.* p. 47.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010, p. 1. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 17 jan. 2026.

O inimigo da sociedade – a figura do mal, daquilo que é diferente e, portanto, estranho, causador de repulsa e de medo – sempre existiu. Assim, elegem-se aqueles a serem protegidos em detrimento daqueles que serão perseguidos, com o aval de normas penais e processuais penais que são o reflexo dessa *peneira social*⁴⁴.

Zaffaroni aprofunda essa análise ao sustentar que a essência do tratamento diferenciado ao inimigo reside na negação de sua condição de pessoa, configurando uma contradição frontal com o Estado de Direito:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe a estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.

[...]

Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que *lhe anula a sua condição de pessoa*, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado *pura e simplesmente como um ente perigoso*⁴⁵.

Nessa perspectiva, o Direito Penal do Cidadão configura-se como um direito penal de todos, dirigido a sujeitos que, mesmo após a prática de um delito, continuam a oferecer garantias mínimas de fidelidade normativa e de comportamento conforme ao direito; já o Direito Penal do Inimigo volta-se especificamente àqueles que atentam de forma permanente contra o Estado, a sociedade e o próprio pacto social⁴⁶. Jakobs operacionaliza essa cisão por meio da figura do “não-alinhado”, isto é, daquele indivíduo que, não apenas de maneira episódica, mas de forma estrutural e presumivelmente duradoura, abandona o Direito e deixa de oferecer a segurança cognitiva mínima exigida para o reconhecimento recíproco no âmbito da ordem jurídica. Como descreve o próprio autor:

O não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminosa e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminosa), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o

⁴⁴ GAMA, Denise Maldonado. *O Direito Penal do Inimigo: Uma análise da expansão punitivista pelo biopoder*. Belo Horizonte. 2006, p. 02.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 14. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

⁴⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Org. e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 28-29.

Direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta⁴⁷.

A partir dessa caracterização, Jakobs explicita com maior contundência as consequências jurídicas dessa exclusão, ao afirmar que a distinção entre cidadão e inimigo não se limita ao plano simbólico, mas produz efeitos concretos na forma de atuação do poder punitivo estatal. Em suas palavras:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos; o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz⁴⁸.

Essa passagem evidencia que, na lógica do Direito Penal do Inimigo, a pena deixa de desempenhar função comunicativa e passa a assumir caráter eminentemente coercitivo, aproximando-se de uma racionalidade bélica orientada à contenção e neutralização do perigo. Ainda que Jakobs reconheça limites formais a essa coação, como a preservação residual de certos direitos e a possibilidade de reversão do status de inimigo, permanece clara a ruptura com o modelo garantista, na medida em que o indivíduo deixa de ser tratado prioritariamente como sujeito de direitos e passa a ser concebido como fonte de risco a ser controlada pelo Estado.

3.3 Fundamentação funcionalista e contratualista de Jakobs

A compreensão dessa cisão entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo exige considerar a concepção funcionalista radical de Direito Penal adotada por Jakobs, segundo a qual a principal função da norma penal não é a proteção direta de bens jurídicos, mas a estabilização das expectativas normativas indispensáveis à convivência social⁴⁹. O Direito Penal atua, assim, como mecanismo de reafirmação da vigência da norma, comunicando à

⁴⁷ JAKOBS, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 57.

⁴⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Org. e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 30.

⁴⁹ JAKOBS, *Sociedade, Norma e Pessoa. Teoria de Um Direito Funcional*, São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 6, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 44-45.

coletividade que o ordenamento jurídico permanece válido apesar da infração. Essa função comunicativa pressupõe que o destinatário da norma seja reconhecido como pessoa capaz de orientar sua conduta conforme o direito, premissa que se rompe, na teoria de Jakobs, quando o indivíduo deixa de oferecer garantias mínimas de fidelidade normativa.

Nessa perspectiva, o funcionalismo sistêmico ou radical de Jakobs, inspirado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann⁵⁰, desloca o centro de gravidade do Direito Penal: em vez de tomar o bem jurídico como referência material primária, passa a privilegiar a preservação da identidade e da estabilidade do próprio sistema jurídico-penal. Juarez Tavares sintetiza essa visão:

[...] seguindo a linha do raciocínio sistêmico [...] postula Jakobs que a norma jurídica não determina propriamente condutas, senão esclarece se estas pertencem ou não a determinada ordem e, na medida em que são sancionadas, estabilizam essa ordem. Assim não se pode atestar a existência da norma porque ela se destine a dirigir condutas ou porque não fora de algum modo violada. Mais importante é determinar se essa norma fornece um padrão de interpretação adequado ao plano social e não à consciência individual. Uma norma, portanto, terá existência real, ainda quando seja violada, conquanto que a infração como tal possa ser identificada no processo de sua comunicação, isto é, na medida em que sobre ela possa ser aplicada uma sanção⁵¹.

O delito é compreendido como comunicação desviada que nega a validade da norma, enquanto a pena constitui contra-comunicação destinada a reafirmar que o ordenamento continua válido e vinculante. Jakobs é categórico:

O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua. Dizendo de outro modo, a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo. Nessa concepção, a pena não é tão somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção⁵².

Trata-se da chamada prevenção geral positiva: mais do que intimidar indivíduos concretos, a sanção busca reconstruir a confiança coletiva de que “a norma ainda vale”, reafirmando o papel orientador do Direito frente ao risco e à complexidade social contemporânea. Como o foco recai sobre a preservação da estrutura normativa do sistema, a tutela de bens jurídicos assume caráter reflexo: violar um bem relevante significa, antes de tudo,

⁵⁰ NIKLAS LUHMANN foi um sociólogo alemão que desenvolveu uma nova teoria sociológica, a teoria dos sistemas. Foi considerado um dos autores mais produtivos das ciências Sociais do século XX.

⁵¹ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*. 2 ed revista e ampliada. Del Rey. Belo Horizonte, 2002, p. 65.

⁵² JAKOBS, *Sociedade, Norma e Pessoa. Teoria de Um Direito Funcional*, São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 6, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 4.

pôr em xeque a própria norma que o protege⁵³. Essa configuração abre espaço para um Direito Penal formalmente funcional, no qual os limites materiais, como a noção clássica de bem jurídico, tendem a perder densidade, cedendo lugar a critérios de gestão de riscos e de preservação da confiança sistêmica⁵⁴.

A noção de culpabilidade também se reconfigura: deixa de centrar-se nas particularidades existenciais do autor para vincular-se à frustração relevante da expectativa de fidelidade normativa. Culpado é quem, ao delinquir, revela-se destinatário não confiável da norma; quando essa ruptura se torna estrutural, Jakobs legitima a transição do “Direito Penal do Cidadão” para o “Direito Penal do Inimigo”. Cancio Meliá adverte, contudo:

[...] na realidade o problema não consiste em um dualismo entre uma concepção normativa (Direito Penal da culpabilidade: reprovação jurídica frente a um cidadão) e outra cognitiva (‘Direito Penal’ do inimigo: controle de uma fonte de perigo) do Direito Penal. O que acontece é que o ‘Direito Penal do inimigo’ constitui não uma regressão a meros mecanismos defensivistas, mas um desenvolvimento degenerativo no plano simbólico-social do significado da pena e do sistema penal⁵⁵.

Essa degeneração simbólica corrompe a função comunicativa do Direito Penal, convertendo-o em instrumento de exclusão social.

Essa cisão teórica reconstrói, em chave funcionalista, a tradição contratualista clássica. Jakobs resgata Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte para sustentar que quem rompe sistematicamente o contrato social compromete sua condição de membro da comunidade política. Luiz Flávio Gomes sintetiza:

[...] (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário-legal’, deve ser tratado como inimigo (Kant)⁵⁶.

Nessa reconstrução funcionalista-contratualista, a exclusão do inimigo não equivale à supressão total da normatividade jurídica, mas à sua aplicação seletiva e qualificada: o indivíduo é relegado a um estatuto jurídico reduzido, submetido a um regime excepcional no

⁵³ *Id. Ibid.* p. 11-13.

⁵⁴ *Id. Ibid.* p. 3-4.

⁵⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Org. e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 114.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010, p. 01-02. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 17 jan. 2026.

qual a preservação da segurança coletiva, enquanto estabilização das expectativas normativas fundamentais do sistema, logicamente prevalece sobre as garantias individuais que caracterizam o tratamento do cidadão. Jakobs explicita essa transição:

[...] além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário⁵⁷.

Essa gradação normativa, longe de representar ruptura com a ordem jurídica, constitui sua expressão extrema, autorizando técnicas de neutralização preventiva que escapam ao paradigma comunicativo-restaurador do Direito Penal do Cidadão, inaugurando assim o limiar operacional do Direito Penal do Inimigo.

3.4 “Terceira velocidade” do Direito Penal: categorização e estrutura

A formulação do Direito Penal do Inimigo não pode ser compreendida de modo isolado, mas deve ser inserida em um movimento mais amplo de expansão funcional do sistema penal nas sociedades contemporâneas. Essa dinâmica foi sistematizada por Jesús-María Silva Sánchez a partir da conhecida tipologia das “velocidades do Direito Penal”⁵⁸, posteriormente aprofundada, no contexto brasileiro, por Alexandre Rocha Almeida de Moraes⁵⁹. Tal categorização revela um progressivo deslocamento do modelo penal clássico, centrado em garantias rígidas, para estruturas excepcionais que tendem a se normalizar, permitindo compreender o Direito Penal do Inimigo como culminação lógica desse processo expansivo.

A primeira velocidade corresponde ao que Silva Sánchez denomina Direito Penal “da prisão”. Trata-se do modelo clássico, estruturado a partir da aplicação de penas privativas de liberdade em estrita observância das garantias penais e processuais, operando retrospectivamente sobre fatos típicos, ilícitos e culpáveis já exteriorizados, em consonância

⁵⁷ JAKOBS, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 55

⁵⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2002.

⁵⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. 2006. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7105>. Acesso em: 10 jan. 2026.

com o princípio da legalidade estrita e com a centralidade da culpabilidade pelo fato. O próprio autor sintetiza essa configuração nos seguintes termos: “uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais”⁶⁰.

Esse patamar é tradicionalmente reservado à repressão de delitos graves e convencionais, como homicídios e crimes contra a dignidade sexual, preservando-se a lógica clássica do Direito Penal do cidadão.

A segunda velocidade do Direito Penal emerge como resposta pragmática às crises de eficiência do modelo penal clássico, notadamente a superlotação carcerária, a morosidade processual e os elevados custos da persecução penal. Nesse patamar, observa-se a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, bem como a incorporação de mecanismos consensuais, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, voltados à racionalização da resposta estatal frente à criminalidade de menor gravidade.

Jesús-María Silva Sánchez concebe essa segunda velocidade como um modelo intermediário, aplicável a situações em que a intervenção penal prescinde da prisão, admitindo, por essa razão, certa flexibilização de princípios e regras tradicionais do processo penal. O autor define esse patamar nos seguintes termos: “[...] uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção”⁶¹.

À luz dessa formulação, a flexibilização admitida na segunda velocidade não implicaria, ao menos em tese, o abandono das garantias fundamentais, mas sim um ajuste proporcional à menor gravidade da resposta penal. Preservar-se-iam, assim, a centralidade do fato praticado, a imputação fundada na culpabilidade e a função comunicativa da pena, mantendo-se intacto o paradigma do Direito Penal do cidadão.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes, contudo, ao dialogar criticamente com essa classificação, chama atenção para os efeitos estruturais produzidos pela aceitação acrítica desse modelo. Segundo o autor, a flexibilização de garantias penais e processuais, ainda que associada à aplicação de penas alternativas, infiltrou-se no modelo clássico sem resistência significativa, justamente por não envolver, em regra, a imposição de pena privativa de liberdade. Essa

⁶⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2002, p. 148-149

⁶¹ *Id. Ibid.*

aceitação, aparentemente inofensiva, acabou por naturalizar a mitigação de direitos fundamentais no processo penal⁶².

Tal naturalização revela-se decisiva para a compreensão da transição para a terceira velocidade do Direito Penal. A tolerância à flexibilização de garantias em nome da eficiência e da racionalização do sistema criou as condições de possibilidade para a legitimação de um Direito Penal de emergência aplicado, agora, a situações cada vez mais graves. A lógica excepcional, antes restrita a infrações de menor potencial ofensivo, passa a ser transposta para o enfrentamento da criminalidade violenta, econômica e organizada, já não mais acompanhada da substituição da pena privativa de liberdade, mas combinada à sua imposição.

É nesse ponto que se inaugura a terceira velocidade do Direito Penal, caracterizada pela convivência paradoxal entre a drástica flexibilização de garantias penais e processuais e a aplicação de penas privativas de liberdade, bem como pela antecipação da intervenção penal e pelo deslocamento do foco do fato para o autor. Trata-se de um modelo que rompe qualitativamente com o paradigma do Direito Penal do cidadão, consolidando um direito penal orientado pela gestão do risco e pela neutralização preventiva de sujeitos percebidos como ameaças à ordem normativa, como será analisado a seguir. Silva Sánchez sintetiza esse fenômeno ao afirmar tratar-se de: “[...] uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”⁶³.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes observa que essa terceira velocidade não constitui propriamente uma inovação, mas a sistematização teórica de práticas já presentes nas legislações contemporâneas. Segundo o autor:

Surge com a Teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’, o conceito de terceira velocidade do Direito Penal. O modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de segunda velocidade (mitigação da pena privativa de liberdade e alternativa à pena de prisão, ainda que a custo do devido processo legal) e agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações, ou seja, de um Direito de terceira velocidade, em que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade⁶⁴.

⁶² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. 2006, p. 201. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7105>. Acesso em: 10 jan. 2026.

⁶³ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p. 148-149

⁶⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. 2006, p. 12. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7105>. Acesso em: 10 jan. 2026.

O que se verifica, portanto, é um processo gradual de erosão das garantias penais e processuais, impulsionado por discursos de eficiência, segurança e combate ao risco.

Essa mutação epistemológica, que desloca o eixo de legitimação do Direito Penal do campo do verificável, próprio da primeira velocidade, centrado em fatos concretos e passados, para o campo do especulativo, característico da terceira velocidade, encontra fundamento direto na noção jakobsiana de “garantia cognitiva”. Para Jakobs, a manutenção da vigência normativa exige que o indivíduo ofereça ao sistema expectativas minimamente confiáveis de comportamento conforme ao direito⁶⁵. Quando essa expectativa é estruturalmente frustrada, não em razão de um ato isolado, mas em virtude de uma postura reiterada ou de uma suposta inclinação permanente à delinquência, o sistema penal deixa de reagir comunicativamente a uma infração concreta e passa a operar segundo uma lógica prospectiva, orientada à neutralização do risco. A terceira velocidade do Direito Penal explicita esse ponto de inflexão ao instituir procedimentos céleres, severos e marcados pela mitigação de garantias, destinados não à responsabilização por fatos comprovados, mas à contenção preventiva de sujeitos percebidos como ameaças à estabilidade da ordem normativa.

É precisamente nesse cenário que a prisão preventiva fundada na “garantia da ordem pública” se apresenta como manifestação paradigmática da lógica de terceira velocidade. Embora formalmente qualificada como medida cautelar, sua aplicação recorrente com base em juízos abstratos de periculosidade, dissociados de um *periculum libertatis* concreto, atual e processualmente demonstrável, revela a incorporação de elementos típicos do Direito Penal do Inimigo no interior do processo penal. A antecipação da intervenção punitiva, a desproporcionalidade da medida, a flexibilização das exigências procedimentais e o deslocamento do foco do fato para o autor convertem a custódia cautelar em instrumento de neutralização seletiva de indivíduos considerados “não-alinhados” ao ordenamento jurídico.

Desse modo, a terceira velocidade evidencia como a exceção, inicialmente concebida como resposta a situações extremas, infiltra-se progressivamente no núcleo garantista do processo penal brasileiro, preparando o terreno para a aproximação crítica entre ordem pública e inimigo que será examinada no capítulo seguinte.

3.5 Principais características da lógica do “inimigo”

⁶⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Org. e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 43-47.

A análise desenvolvida nos tópicos anteriores permite identificar que o denominado Direito Penal do Inimigo não se resume a uma categoria teórica isolada, mas configura uma racionalidade penal própria, dotada de características estruturais relativamente estáveis. Trata-se de uma lógica que se afasta progressivamente do paradigma garantista do Direito Penal do cidadão e que reorganiza os fundamentos da intervenção penal a partir da gestão do risco e da neutralização de sujeitos percebidos como ameaças permanentes à ordem normativa. Essa lógica se concretiza em algumas características estruturais recorrentes, que permitem identificar quando se está diante de um direito penal dos “cidadãos” e quando se está diante de um direito penal de “inimigos”.

Essa racionalidade manifesta-se por meio de características recorrentes que permitem reconhecer, no plano normativo e prático, a transição de um direito penal orientado ao “cidadão” para um direito penal dirigido ao “inimigo”.

A primeira dessas características é a antecipação da intervenção penal, que desloca o eixo da repressão do fato consumado para a prevenção de riscos futuros. Nesse modelo, a atuação estatal deixa de se orientar prioritariamente pela lesão efetiva a bens jurídicos e passa a fundamentar-se na probabilidade de comportamentos considerados perigosos, legitimando a punição de atos preparatórios e a adoção de medidas restritivas antes mesmo da ocorrência de qualquer dano concreto. No plano da política criminal contemporânea, o próprio Günther Jakobs sistematiza essa antecipação como elemento central do Direito Penal do Inimigo, ao descrever um conjunto de regulações estatais voltadas ao enfrentamento de “inimigos”, caracterizadas por:

(a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e de organizações criminosas; (b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa); e (c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica⁶⁶.

Essa antecipação opera como condição de possibilidade para a flexibilização das garantias fundamentais. Princípios como a presunção de inocência, o devido processo legal, a

⁶⁶JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Tradução: Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 55-57.

legalidade estrita e a proporcionalidade passam a ser relativizados em nome da segurança coletiva. O processo penal, que no modelo do Direito Penal do cidadão funciona como espaço de contenção do poder punitivo, assume feição instrumental, orientando-se menos pela reconstrução rigorosa do fato e mais pela neutralização preventiva do risco. A exigência de prova robusta cede lugar a juízos prognósticos, e a fundamentação das decisões passa a apoiar-se em critérios amplos e indeterminados de necessidade preventiva.

Nesse cenário, consolida-se o deslocamento do centro da imputação do fato para o autor, característica típica do chamado Direito Penal do Autor. A responsabilidade penal deixa de ser construída a partir de um evento passado, delimitado e verificável, e passa a fundar-se em avaliações sobre a personalidade, o histórico de vida, os vínculos sociais e a suposta inclinação criminosa do indivíduo. A culpabilidade, enquanto juízo de reprovação por um fato cometido, é gradualmente substituída pela periculosidade, compreendida como probabilidade de comportamentos futuros indesejáveis.

Essa transformação é descrita de forma sistemática por Luiz Flávio Gomes, ao sintetizar as características estruturantes do Direito Penal do Inimigo nos seguintes termos:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade⁶⁷.

A partir dessas características, a coerção penal assume função eminentemente defensiva. A pena, ou mesmo a medida cautelar, deixa de se orientar pela reafirmação da norma violada ou pela reintegração do indivíduo ao ordenamento jurídico. Sua finalidade central passa a ser o combate e a neutralização do inimigo, entendido como sujeito que não oferece garantias mínimas de comportamento conforme o direito. A sanção perde seu caráter comunicativo e

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010, p. 02. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 17 jan. 2026.

ressocializador e passa a funcionar como instrumento de exclusão, ainda que temporária, do indivíduo considerado perigoso.

Essa racionalidade evidencia uma profunda transformação na função do direito penal, que passa a operar como tecnologia de segurança voltada à gestão do risco. A antecipação da punibilidade, a flexibilização das garantias, a centralidade da periculosidade e a coerção como neutralização revelam a coerência interna do Direito Penal do Inimigo, mas também sua tensão estrutural com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Ao admitir restrições antecipadas de direitos com base em juízos prognósticos e categorias indeterminadas, esse modelo amplia significativamente o poder punitivo e fragiliza os mecanismos de controle historicamente responsáveis por limitar a atuação estatal.

A compreensão dessas características permite identificar que o Direito Penal do Inimigo não se manifesta apenas em legislações explicitamente excepcionais, mas também na interpretação e aplicação de institutos tradicionais do processo penal. Quando mecanismos concebidos como cautelares passam a ser utilizados para a contenção antecipada do indivíduo, com fundamento em avaliações de periculosidade e em categorias amplas e pouco definidas, evidencia-se a incorporação gradual dessa lógica no interior de um sistema que, ao menos formalmente, se afirma garantista.

Essa constatação é decisiva para a análise desenvolvida no capítulo seguinte. Quando a prisão preventiva, especialmente sob o fundamento da garantia da ordem pública, deixa de se orientar por riscos processuais concretos e passa a apoiar-se em juízos de periculosidade, segurança e defesa social, estabelece-se uma aproximação perigosa entre a lógica cautelar e a lógica do inimigo. É nesse ponto de contato que se situa o próximo capítulo, dedicado a examinar quando a ordem pública encontra o inimigo, revelando como categorias indeterminadas do processo penal funcionam como canais de entrada para racionalidades excepcionais incompatíveis com o Estado de Direito.

4 APROXIMAÇÃO PERIGOSA: QUANDO A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PASSA A OPERAR SEGUNDO A LÓGICA DO INIMIGO

A análise desenvolvida ao longo dos capítulos anteriores revelou, de um lado, a conformação constitucional e legal da prisão preventiva como medida de natureza cautelar, excepcional e instrumental, condicionada à presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, bem como aos filtros de admissibilidade previstos nos arts. 313 e 314 do Código de Processo Penal; de outro, evidenciou-se, a partir da teoria do Direito Penal do Inimigo, a consolidação de uma racionalidade penal orientada à gestão de riscos, à antecipação da intervenção estatal e à neutralização de sujeitos considerados estruturalmente perigosos, em tensão direta com o paradigma garantista do Estado Democrático de Direito. É nesse ponto que se insere o objetivo deste capítulo: demonstrar como a utilização expansiva e semanticamente indeterminada da garantia da ordem pública atua, na prática, como elo de conexão entre esses dois planos, convertendo a prisão preventiva em instrumento típico de um Direito Penal de terceira velocidade. Nessa dinâmica, a ordem pública deixa de operar como cláusula residual de proteção processual e passa a cumprir funções próprias de um Direito Penal do autor, fundado em juízos de periculosidade e prognoses de reiteração delitiva, valendo-se de sua indeterminação semântica, descrita por Antonio Magalhães Gomes Filho como recurso retórico que fragiliza a legalidade e a certeza judicial⁶⁸, para legitimar prisões baseadas em critérios como exemplaridade, credibilidade institucional ou clamor social, deslocando o eixo da cautelaridade para uma lógica de contenção antecipada do imputado e aproximando o processo penal da figura do inimigo formulada por Jakobs.

4.1 Transmutação do *periculum libertatis* em mecanismo de neutralização:

A primeira manifestação da aproximação perigosa entre a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública e a lógica do Direito Penal do Inimigo reside na própria transformação do *periculum libertatis* em instrumento de neutralização do indivíduo. Na dogmática garantista, o perigo decorrente do estado de liberdade do imputado deve ser concreto, atual e estritamente endoprocessual, orientado à proteção da instrução criminal ou à aplicação da lei penal. Essa exigência encontra respaldo expresso no art. 312, §2º, do Código de Processo

⁶⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66-67.

Penal, que condiciona a prisão preventiva à demonstração de perigo concreto e atual decorrente da liberdade do acusado⁶⁹.

Quando, porém, esse requisito passa a ser construído a partir de elementos como a comoção social provocada pelo delito, a gravidade abstrata do tipo penal ou antecedentes utilizados como presunção de culpabilidade futura, verifica-se um deslocamento substancial do fundamento cautelar. Abandona-se a matriz de risco processual, vinculada à instrumentalidade do procedimento, para aderir a uma racionalidade que passa a tratar o imputado como foco permanente de perigo, independentemente de qualquer ameaça efetiva ao regular desenvolvimento do processo. Nesse movimento, o *periculum libertatis* deixa de operar como categoria de contenção excepcional e converte-se em justificativa genérica para a restrição antecipada da liberdade⁷⁰.

A leitura tradicional da doutrina clássica ilustra de forma cristalina essa transmutação. Basileu Garcia, ao abordar a garantia da ordem pública, sustenta:

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência⁷¹.

Essa formulação evidencia que a prisão preventiva, nessa perspectiva, não se orienta pela proteção do processo, mas pela necessidade de bloquear a suposta propensão delitiva do acusado, deslocando o foco da tutela cautelar para uma lógica de defesa social.

João Mendes de Almeida Júnior aprofunda essa perspectiva ao vincular a prisão preventiva à ideia de “classe perigosa”. Em suas palavras:

É, pois, mister estabelecer sobre bases experimentais os critérios da prisão preventiva. Estas bases consistem nestas causas: 1ª - Fundada suspeita de fuga; 2ª - Fundada suspeita de destruição dos sinais e vestígios do crime e de suborno ou peita das testemunhas; 3ª - *Pertencer o indiciado a uma classe perigosa (malfeitores habituais, ociosos, ébrios, vagabundos, etc.)*; 4ª - *Grave perturbação da ordem pública*⁷².

⁶⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 312, §2º.

⁷⁰ SANGUINÉ, Odone. *A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, p. 115.

⁷¹ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, p. 169-170.

⁷² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3a ed. Rio de Janeiro. Batista de Souza, 1920, p. 379.

A referência expressa à “classe perigosa” demonstra que a custódia se dirige menos ao fato objeto do processo e mais a um juízo global sobre a pessoa do acusado, aproximando-se de um Direito Penal do autor. Quando esse tipo de fundamentação é projetado sobre o *periculum libertatis*, a categoria se converte em filtro de seleção de inimigos, e não em critério estrito de risco processual.

Essa construção é frontalmente criticada pela doutrina garantista contemporânea. Aury Lopes Jr. ressalta que a prisão por ordem pública se apoia em conceito destituído de precisão semântica, cuja origem histórica remonta a um contexto autoritário:

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

[...]

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. **Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão "bem" sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes**⁷³. (Grifo nosso).

O autor sublinha que tais cláusulas genéricas continuam funcionando como linguagem jurídica de legitimação de decisões arbitrárias. Nesse cenário, a ordem pública deixa de operar como categoria técnico-cautelar e passa a ser, na prática, um rótulo jurídico para a neutralização de indivíduos considerados indesejáveis.

Alexandre Morais da Rosa, ao tratar da infiltração da lógica de defesa social no processo penal, evidencia como essa racionalidade se instala por meio da abertura semântica do texto legal:

A tentação 'criminológica' de 'Defesa Social', ou seja, de julgar o acusado e não a hipotética conduta, escorrega – via (in)consciente – na cadeia de significantes previstos na lei, até porque **a legislação utiliza-se de termos claramente 'vagos' e 'ambíguos' para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a anemia semântica do art. 312 do CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal**⁷⁴. (Grifo nosso).

⁷³ JR., Aury L. *Direito Processual Penal* - 22ª Edição 2025. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.798. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 19 jan. 2026.

⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Curitiba, 2004, p 149. 430 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) - Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/1203>. Acesso em: 01 jan. 2026.

A crítica revela que a anemia semântica do dispositivo legal facilita a construção de decisões baseadas em requisitos meramente retóricos, compatíveis com praticamente qualquer narrativa acusatória. O *periculum libertatis*, nessa chave, converte-se em campo de projeção de expectativas de controle social, e não de proteção estrita do processo.

Essa mutação dialoga diretamente com a construção teórica de Günther Jakobs, para quem o inimigo é aquele que se afasta estruturalmente do Direito e deixa de oferecer ao sistema a mínima “garantia cognitiva” de comportamento conforme às normas. Diante dessa ausência de confiabilidade normativa, a reação estatal deixa de assumir caráter comunicativo, próprio do Direito Penal do cidadão, e passa a orientar-se pela neutralização preventiva do risco⁷⁵. Quando o Judiciário invoca a garantia da ordem pública para decretar a prisão preventiva com base em expressões como “personalidade voltada ao crime”, “alta periculosidade” ou “risco à paz social”, sem demonstrar um *periculum libertatis* efetivo, contemporâneo e processualmente verificável, transfere para o processo penal essa lógica de contenção do inimigo. O acusado deixa de ser tratado como sujeito de direitos submetido a um juízo de probabilidade sobre um fato e passa a ser manejado como objeto de contenção preventiva, em franca ressonância com a racionalidade do Direito Penal do Inimigo.

Nesse contexto, a prisão preventiva perde sua natureza instrumental e deixa de funcionar como meio excepcional de proteção do processo, passando a assumir função materialmente defensiva, voltada à gestão do risco e à neutralização do indivíduo percebido como perigoso. A excepcionalidade cautelar cede lugar a uma lógica de antecipação punitiva, na qual a restrição da liberdade não se justifica mais por necessidades processuais concretas, mas por juízos prospectivos sobre comportamentos futuros, em afronta direta à presunção de inocência⁷⁶.

A exigência de fundamentação concreta e individualizada, reforçada pelo art. 315 do Código de Processo Penal e reiteradamente afirmada pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, que rechaça decisões baseadas na gravidade abstrata do delito, no clamor social ou em meras suposições⁷⁷, apresenta-se como importante barreira formal à transmutação do *periculum libertatis* em instrumento de neutralização do imputado. Todavia,

⁷⁵ JAKOBS, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 55

⁷⁶ DELMANTO, Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book. p.327. ISBN 9788553612956. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553612956/>. Acesso em: 20 jan. 2026.

⁷⁷ BRASIL. STF. *HC 101.537*, rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). No mesmo sentido: *HC 95.358*, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6-8-2010; *HC 84.662*, rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJe de 22-10-2004.

na prática forense, tais exigências são frequentemente esvaziadas por decisões que, embora façam referência expressa ao texto legal e aos princípios constitucionais, limitam-se à reprodução de fórmulas genéricas e padronizadas acerca da necessidade de preservação da ordem pública, sem qualquer demonstração empírica do risco processual.

Essa crítica encontra respaldo direto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao analisar a legalidade da prisão preventiva fundada na ordem pública, o Ministro Eros Grau advertiu de forma contundente que a custódia cautelar não pode ser sustentada por conjecturas ou juízos abstratos de perigosidade, exigindo-se a demonstração efetiva de elementos concretos que justifiquem a medida extrema:

A custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição – vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo. **Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema**⁷⁸. (Grifo nosso).

A advertência do Supremo evidencia que a prisão preventiva somente se legitima quando fundada em dados objetivos, atuais e individualizados, sob pena de conversão da cautelar em instrumento de punição antecipada. A persistência de decisões baseadas em suposições, estigmas ou fórmulas abstratas revela, portanto, não apenas o descumprimento do dever constitucional de fundamentação, mas também a infiltração de uma racionalidade incompatível com o modelo garantista do processo penal, aproximando a prática judicial da lógica própria do Direito Penal do Inimigo.

4.2 Da cautelaridade à antecipação punitiva: flexibilização das garantias

O segundo eixo de aproximação entre a garantia da ordem pública e a lógica do Direito Penal do Inimigo manifesta-se na conversão da prisão preventiva em verdadeira pena antecipada, acompanhada da progressiva flexibilização das garantias processuais. A Constituição da República e o Código de Processo Penal estruturam a prisão cautelar como medida estritamente instrumental e excepcional, subordinada à presunção de inocência, à proporcionalidade e à provisoriedade, de modo que qualquer restrição da liberdade antes do trânsito em julgado somente se legitima quando absolutamente necessária à tutela do processo.

⁷⁸ BRASIL. STF. *HC 95.009/SP*, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 6.11.2008, DJe 19.12.2008. Inteiro Teor p. 33-34. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87036/false>. Acesso em: 20 jul. 2025.

A custódia cautelar, portanto, não pode assumir finalidade punitiva nem prolongar-se no tempo sem controle rigoroso de seus pressupostos.

Todavia, a prática forense revela que a invocação da garantia da ordem pública tem sido reiteradamente utilizada para legitimar prisões preventivas de longa duração, mantidas sem reavaliação substancial do *periculum libertatis*. Nessas hipóteses, a custódia deixa de apresentar caráter provisório e passa a estabilizar-se no tempo, assumindo função aflitiva própria da pena. O que deveria constituir medida excepcional converte-se, na prática, em forma de cumprimento antecipado da sanção penal, em violação direta à presunção de inocência e à vedação de punição sem prévio julgamento.

A crítica de Sanguiné é incisiva ao denunciar esse desvio funcional:

[...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. **Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza**⁷⁹. (Grifo nosso).

Ao atribuir à prisão preventiva finalidades de exemplaridade, restauração da confiança social ou apaziguamento do clamor público, a prática jurisdicional introduz na dogmática cautelar objetivos que lhe são absolutamente estranhos. A custódia passa a desempenhar funções reais de prevenção geral e especial, próprias da pena, incompatíveis com sua estrutura jurídico-constitucional de medida instrumental.

Sanguiné destaca, ainda, que a prisão para garantia da ordem pública vem sendo utilizada como técnica de prevenção geral:

[...] prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir⁸⁰.

Esse desvio desfigura completamente o verdadeiro sentido da prisão provisória, ao atribuir-lhe tarefas de prevenção penal que, por sua própria natureza, não lhe cabem. A privação

⁷⁹ SANGUINÉ, Odone. *A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, p. 114.

⁸⁰ *Id. Ibid.* p. 115.

da liberdade deixa, assim, de operar como instrumento a serviço do processo e de sua finalidade garantidora, passando a assumir a função de resposta punitiva imediata, orientada menos pela necessidade cautelar e mais pela demonstração simbólica de força estatal e pela pretensa tranquilização da opinião pública. Nesse linha, como adverte Roberto Delmanto Junior, “a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – insito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária”⁸¹.

Essa crítica dialoga diretamente com a noção de instrumentalidade qualificada da tutela cautelar, formulada por Calamandrei. O processualista italiano esclarece que as medidas cautelares não têm por finalidade imediata “fazer justiça” material, mas garantir a eficácia do processo que, em momento posterior, poderá concretizar o direito substancial, razão pela qual a antecipação de efeitos próprios da jurisdição definitiva representa verdadeira distorção da função cautelar⁸².

A partir dessa concepção, evidencia-se que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça” em sentido material, mas a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo de conhecimento. Apenas a medida efetivamente orientada à proteção do curso e do resultado do processo pode ser qualificada como cautelar; e somente aquilo que preserva essa função instrumental é compatível com a Constituição⁸³. Sempre que a restrição antecipada da liberdade se afasta desse horizonte funcional e passa a cumprir finalidades que transcendem a tutela do procedimento, perde-se sua legitimidade jurídico-constitucional e rompe-se o vínculo entre cautelaridade e devido processo legal⁸⁴.

É precisamente nesse ponto de desvio funcional que a prática contemporânea da prisão preventiva passa a dialogar com o “terceira velocidade” do Direito Penal, sistematizado por Jesús-María Silva Sánchez e desenvolvido, no contexto brasileiro, por Alexandre Rocha Almeida de Moraes. Nesse modelo, observa-se a combinação entre a aplicação de penas privativas de liberdade, ainda que formalmente qualificadas como cautelares, e a relativização das garantias penais e processuais, produzindo um sistema no qual a exceção deixa de ser

⁸¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 183.

⁸² CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

⁸³ JR., Aury L. *Direito Processual Penal* - 22ª Edição 2025. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.798. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jan. 2026.

⁸⁴ *Id. Ibid.*

episódica e passa a operar como normalidade⁸⁵. O processo penal, que no paradigma garantista deveria funcionar como espaço de contenção do poder punitivo, converte-se em instrumento de sua antecipação e intensificação.

A antecipação da intervenção penal, que na teoria de Günther Jakobs se manifesta na punição de atos preparatórios e na expansão dos tipos de perigo abstrato, encontra seu correlato processual na decretação de prisões preventivas fundadas em riscos futuros indeterminados. Sob o fundamento da ordem pública, o juízo cautelar deixa de se apoiar em fatos concretos, atuais e verificáveis, passando a estruturar-se a partir de prognósticos de perigosidade. O eixo da análise desloca-se do fato para o autor, incorporando ao processo penal brasileiro uma lógica prospectiva de contenção do risco, típica do Direito Penal do Inimigo.

A flexibilização das garantias processuais manifesta-se, nesse contexto, de forma reiterada e estrutural. Em primeiro lugar, observa-se a redução do contraditório efetivo na decretação e manutenção da prisão preventiva, frequentemente justificada por argumentos genéricos de urgência ou de “interesse social”. Em segundo lugar, verifica-se a mitigação prática da exigência de contemporaneidade dos fatos, mesmo após a positivação do art. 312, § 2º, do Código de Processo Penal, que condiciona a custódia à existência de perigo atual decorrente do estado de liberdade do imputado. Por fim, a revisão periódica da prisão preventiva, prevista no art. 316, parágrafo único, do CPP, é muitas vezes tratada como formalidade meramente ritual⁸⁶, esvaziando por completo seu potencial garantidor.

Dessa forma, a utilização da prisão preventiva como instrumento de antecipação punitiva revela uma mudança estrutural na racionalidade cautelar do processo penal brasileiro. Ao relativizar garantias, apoiar-se em juízos prospectivos de perigosidade e invocar a ordem pública como fundamento autônomo de contenção, a custódia cautelar deixa de operar como exceção rigorosamente justificada e passa a integrar o funcionamento ordinário do sistema. Esse deslocamento prepara o terreno para um fenômeno ainda mais sensível: a consolidação de uma presunção de culpabilidade e a consequente erosão do caráter excepcional da prisão preventiva, tema do subtópico seguinte.

4.3 Presunção de culpabilidade e erosão da excepcionalidade

⁸⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. 2006. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7105>. Acesso em: 10 jan. 2026.

⁸⁶ Sobre o esvaziamento prático da revisão periódica prevista no art. 316, parágrafo único, do CPP, ver nota nº 26 (supra, p. 20).

A construção da ordem pública como instrumento de contenção da “obstinação delitiva” implica, como observa Victor Moreno Catena, a introdução de uma verdadeira presunção de culpabilidade no interior da dogmática cautelar:

Também não se pode atribuir à prisão provisória uma finalidade de prevenção especial: evitar a prática de delitos pela pessoa a quem se priva da liberdade. A própria terminologia mais frequentemente empregada para expressar tal ideia — provável prática de “outros” ou “ulteriores” delitos — deixa entrever que essa concepção se assenta em uma presunção de culpabilidade. A privação de liberdade é entendida, assim, como um remédio diante da temida periculosidade do inculcado, ainda que não se possa perder de vista que a valoração dessa periculosidade somente pode encontrar seu fundamento normal na hipótese de que ele seja efetivamente culpado do delito que lhe é imputado⁸⁷. (Tradução nossa).

Quando se atribui à prisão provisória a finalidade de evitar a prática de “outros” ou “ulteriores” delitos”, a privação da liberdade é compreendida como remédio contra a periculosidade do imputado, tomada como dado prévio. Essa periculosidade, porém, só pode ser construída a partir da hipótese de que o sujeito seja efetivamente culpado do delito que lhe é imputado, o que subverte frontalmente a presunção de inocência.

Por sua vez, Aury Lopes Jr. critica de forma contundente o fundamento da prisão preventiva na ideia de “perigo de reiteração”, vinculando-o a um modelo de direito penal projetado para um futuro indeterminado. Segundo o autor:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. **Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei.** Trata-se de recusar exercícios de futurologia sem concretude alguma⁸⁸. (Grifo nosso).

Roberto Delmanto aprofunda essa crítica ao evidenciar que a prisão preventiva fundada no risco de reiteração delitiva repousa sobre um raciocínio inevitavelmente presuntivo, que inverte a lógica garantista do processo penal. Nas suas palavras:

⁸⁷ SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal*. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 368.

⁸⁸ JR., Aury L. *Direito Processual Penal* - 22ª Edição 2025. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.804. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 21 jan. 2026.

Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado. Isto, obviamente, se não se estiver diante de grave perturbação da ordem pública, no sentido de a sociedade se sentir totalmente desprovida de garantias, prejudicando-se a própria instrução criminal com a manutenção do acusado em liberdade.

Com a referida presunção de reiteração, restariam violadas, portanto, as garantias constitucionais da desconsideração prévia de culpabilidade (art. 5º, LVII, da CR) e da presunção de inocência (art. 5º, §2º, da CR, c/c os arts. 14, 2, do PIDCP, e 8º, 2, 1ª parte, da CADH⁸⁹.(Grifo nosso).

A decisão judicial que se ancora nesse tipo de raciocínio projeta sobre o imputado a imagem de culpado em potência, condicionando a análise da necessidade da custódia à suposição de que o delito foi efetivamente praticado e de que novos crimes decorrerão de sua permanência em liberdade. Com isso, a prisão preventiva deixa de operar como garantia do processo e passa a atuar como mecanismo de afirmação antecipada de culpabilidade, esvaziando a presunção de inocência e convertendo a ordem pública em cláusula de legitimação de um Direito Penal voltado a inimigos presumidos.

Em perspectiva convergente, Antonio Magalhães Gomes Filho demonstra que, sob o rótulo da ordem pública, acabam sendo agrupadas finalidades que extrapolam o campo estritamente cautelar e se aproximam de uma lógica ampla de defesa social:

À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em ‘exemplaridade’, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado⁹⁰.(Grifo nosso).

Fica claro, assim, que a ordem pública passa a servir de guarda-chuva conceitual para funções de exemplaridade, apaziguamento simbólico e prevenção especial, distanciando-se do desenho de uma medida pensada para proteger o procedimento e o resultado útil do processo. O fundamento cautelar é progressivamente substituído por um discurso de segurança e

⁸⁹ DELMANTO, Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book. p.327. ISBN 9788553612956. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553612956/>. Acesso em: 20 jan. 2026.

⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66-67.

disciplina social, aproximando a prisão provisória de um verdadeiro instrumento de contenção de sujeitos considerados perigosos.

A jurisprudência, em determinados momentos, acaba por reproduzir leituras ampliativas do conceito de ordem pública, ainda que também revele esforços pontuais de contenção dessa tendência. É ilustrativo, nesse sentido, o voto proferido pelo Ministro William Patterson no julgamento do RHC 6.550, no Superior Tribunal de Justiça, ao invocar lição de Júlio Fabbrini Mirabete que condiciona a legitimidade da custódia cautelar à demonstração de efetiva perturbação social decorrente da liberdade do acusado:

[...] Júlio Fabbrini Mirabete, invocando precedentes jurisprudenciais sobre a necessidade de se preservar a ordem pública, ensina: 'A garantia da ordem pública, dada como fundamento da decretação da custódia cautelar, deve ser de tal ordem que a liberdade do réu possa causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantias para a sua tranquilidade' [...]⁹¹.

A partir dessa formulação, evidencia-se que a ordem pública não se confunde com a gravidade abstrata do delito nem com reações emocionais difusas, exigindo a demonstração de um impacto concreto e relevante decorrente da manutenção da liberdade do imputado. Quando o conceito é manejado sem ancoragem em elementos específicos do caso concreto, a prisão preventiva deixa de operar como instrumento a serviço do processo e passa a funcionar como resposta simbólica às angústias coletivas, estruturada mais em percepções de medo e insegurança do que em riscos processuais efetivamente demonstráveis.

A exigência de excepcionalidade da prisão preventiva, derivada da centralidade da liberdade individual no Estado Democrático de Direito, é diretamente comprometida pelo alargamento indevido do fundamento da ordem pública. Se a regra constitucional é o julgamento em liberdade, toda forma de encarceramento anterior ao trânsito em julgado deve ser concebida como medida extrema, somente admissível mediante demonstração concreta e individualizada da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares menos gravosas. Tal diretriz encontra respaldo tanto na Constituição da República, especialmente nos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, quanto no Código de Processo Penal, que, ao prever um catálogo de medidas alternativas, reserva a prisão cautelar à condição de *ultima ratio* no sistema de tutela processual.

⁹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *apud* STJ. RHC 6550 (1997/0041582-1), Rel.: Ministro William Patterson, Data de Julgamento: 27.10.1997, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: 17.11.1997. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/acordaos/?classe=31%23%7C%23RHC&num_processo=6.550&num_registro=&dt_publicacao=. Acesso em: 20 jan. 2026.

Não obstante esse desenho normativo, a prática jurisdicional revela uma progressiva erosão do carácter excepcional da prisão preventiva. Em múltiplos contextos, a custódia provisória tem sido empregada como resposta padrão a determinadas categorias de delitos e a certos perfis de acusados, prescindindo de uma análise rigorosa do *periculum libertatis* e da efetiva necessidade da medida extrema. Nessas hipóteses, a prisão deixa de representar exceção justificada por circunstâncias concretas e passa a operar como consequência quase automática da persecução penal.

Elemento decisivo nesse deslocamento é a invocação recorrente e genérica da garantia da ordem pública. Em inúmeras decisões, a decretação da prisão preventiva apoia-se em fórmulas vagas, como a gravidade do delito ou a necessidade de resguardar a tranquilidade social, sem qualquer esforço argumentativo dirigido à demonstração de um risco processual concreto, atual e individualizado. Nessas circunstâncias, a ordem pública deixa de funcionar como categoria cautelar vinculada à instrumentalidade do processo e passa a operar como justificativa abstrata para a restrição antecipada da liberdade.

O resultado desse uso expansivo é a consolidação, no interior de um ordenamento formalmente comprometido com garantias constitucionais, de um espaço decisório marcado pela flexibilização sistemática dos limites da cautelaridade. A prisão preventiva, ao invés de se manter como instrumento excepcional de proteção do processo, passa a desempenhar função de contenção antecipada do imputado, orientada mais por juízos amplos de segurança e defesa social do que por necessidades processuais estritamente verificáveis.

Nesse cenário, a custódia cautelar afasta-se de sua função constitucional e assume papel material de neutralização preventiva. Embora formalmente revestida da linguagem da cautelaridade, passa a operar, na prática, como resposta punitiva antecipada, aproximando-se da racionalidade própria do Direito Penal do Inimigo. A exceção deixa, assim, de ser episódica e passa a integrar o funcionamento ordinário do sistema, evidenciando como categorias abertas e indeterminadas, como a ordem pública, funcionam como canais de normalização de práticas incompatíveis com o modelo garantista do processo penal democrático.

4.4 Consolidação da hipótese: tratamento do acusado e violação de direitos fundamentais

A análise desenvolvida ao longo deste capítulo permite consolidar a hipótese central do trabalho: a utilização expansiva e semanticamente indeterminada da garantia da ordem pública

tem operado, na prática, como vetor de deslocamento da prisão preventiva de sua matriz cautelar garantista para uma racionalidade de contenção antecipada do acusado. Esse deslocamento não se limita a distorções pontuais de aplicação normativa, mas revela uma transformação estrutural no modo como o processo penal passa a tratar o imputado, progressivamente despojado de sua condição de sujeito de direitos e reconvertido em objeto de neutralização preventiva.

Nos subtópicos anteriores, demonstrou-se que a transmutação do *periculum libertatis* em categoria abstrata de perigosidade, a conversão da custódia cautelar em pena antecipada e a erosão sistemática do caráter excepcional da prisão preventiva constituem manifestações convergentes de uma mesma lógica. Trata-se de um processo no qual o fundamento cautelar deixa de se ancorar em riscos processuais concretos, atuais e verificáveis, para apoiar-se em juízos prospectivos, estigmatizantes e autorreferidos, orientados menos à tutela do processo do que à gestão simbólica da insegurança social.

Esse movimento produz uma consequência particularmente grave: a violação estrutural de direitos fundamentais do acusado, notadamente a presunção de inocência, o devido processo legal, a proporcionalidade e a jurisdicionalidade estrita da restrição da liberdade. Quando a prisão preventiva passa a ser legitimada por expressões como “clamor social”, “credibilidade das instituições” ou “periculosidade do agente”, sem demonstração empírica de risco processual, o processo penal deixa de operar como limite ao poder punitivo e passa a funcionar como seu instrumento de antecipação. A exceção, nesse cenário, deixa de ser episódica e converte-se em técnica ordinária de governo penal.

Essa expansão funcional da prisão preventiva, legitimada por um discurso permanente de crise da segurança pública, pode ser compreendida a partir da noção de estado de exceção trabalhada por Helena Patrícia Freitas. Como mostra a autora, as democracias contemporâneas têm operado por meio de um “estado de emergência permanente”, ainda que não formalmente declarado, em que a exceção deixa de ser resposta pontual a situações extraordinárias e passa a constituir técnica ordinária de governo⁹². Nessa chave, a exploração de lacunas normativas e de conceitos vagos, como “eficiência”, “interesse público” ou “ordem pública”, permite suspender, em determinados casos, a plena incidência das garantias constitucionais, mantendo-se, porém, a aparência de normalidade jurídica. A prisão preventiva fundada em argumentos amplos de

⁹² FREITAS, Helena Patrícia. *Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo*. 2018. 228 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2018, p. 98-101. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasHP_1.pdf. Acesso em: 26 jan. 2026.

defesa social, desvinculados de riscos processuais concretos, ilustra essa lógica: sob o manto da legalidade, produz-se um espaço de exceção no qual a liberdade do acusado pode ser restringida com base em juízos de perigosidade e em prognoses incertas sobre o futuro, em frontal tensão com o modelo garantista de processo penal.

É justamente nesse ponto que a lógica identificada por Günther Jakobs como própria do Direito Penal do Inimigo revela sua plena incidência no plano processual. O acusado, percebido como sujeito que não oferece garantias cognitivas mínimas de comportamento conforme ao direito, deixa de ser tratado como cidadão destinatário de um juízo de responsabilidade por fatos passados e passa a ser manejado como risco a ser neutralizado. A prisão preventiva, sob o rótulo formal da cautelaridade, assume função material de exclusão temporária, fundada não no que foi efetivamente feito, mas no que se presume que poderá vir a ser feito.

A gravidade dessa inflexão foi enfrentada de modo particularmente lúcido no voto-vista proferido pelo Ministro Edson Vidigal no julgamento do Habeas Corpus nº 813/RJ, no Superior Tribunal de Justiça. Ao conceder a ordem e revogar a prisão preventiva decretada, advertiu de forma contundente sobre os riscos de uma jurisdição cautelar orientada por pressões sociais e desprovida de fundamentação concreta:

[...] Combater sem trégua a injustiça é tarefa de todos, principalmente dos juízes! A impunidade é uma grande injustiça, a falta de escolas a quem não pode pagá-las e de remédios aos desassistidos pela insignificante renda per capita é outra grande injustiça, a malversação e o desperdício dos dinheiros públicos também constituem injustiça, a falta de terras para a lavoura é injustiça, o déficit habitacional, a inflação crescente, os juros altíssimos, os salários defasados, a fome, enfim, são revoltantes injustiças.

Injustiça maior também é tirar a liberdade de uma pessoa acusada de crime, ainda não jugada, sem observância dos mínimos pressupostos legais, o que a mim parece ser, data vênica, o caso dos autos deste julgamento.

A lei é a mesma para todos, independentemente de o crime estar ou não no caldo diário com que o sensacionalismo mantém aberto o apetite dos manipuladores de opinião por novidades escandalosas. São temas que aparecem e somem como a lua em suas fases. É importante que se chame a atenção para as mazelas, até porque não será escondendo-as que iremos liquida-las.

[...]

Os Juízes do Brasil, no geral, tem resistido ao desmantelamento dos valores que ainda alicerçam nossa democracia incipiente, que não prosperará firme se tiver de conviver com o prosperar das injustiças.

É muito perigoso abrir mão de regras rígidas do ordenamento Jurídico, que devem se manter rígidas, especialmente quando se tem em derredor uma opinião pública motivada contra as mazelas gerais, infamada pelos maus exemplos triunfantes e ofendida pela impunidade arrogante e pela injustiça da Justiça muito lenta.

A história tem ensinado que não se deve permitir que certos princípios legais, vinculados aos direitos da pessoa humana, sejam transpostos, inclusive por receio de não se atender à voracidade vingativa do inconsciente popular.

Todos devem continuar tendo direito ao processo legal, ao julgamento legal, dentro do espírito da lei, com ampla defesa, como manda a Constituição Federal.

[...]

Não é a reparação de uma ilegalidade, revogando-se o decreto, não fundamentado, de prisão preventiva de um acusado de crime que pode comprometer, pela repercussão junto ao público, a credibilidade da Justiça, “a desconfiança no aparelho repressor do Estado, a insegurança da população, a sensação de que não vale a pena ser honesto nem pagar impostos que serão mal baratados”, como revela a ilustre representante do Ministério Público Federal (fls.). Isso tudo acontece, comprometendo seriamente a autoridade do Poder Judiciário, é quando aos autos de um processo aporta uma denúncia inepta ou delirante ou um auto de prisão em flagrante irregular ou um **decreto de prisão preventiva não fundamentado**, como é o do caso deste julgamento.

Não é uma atitude de indiferença às exigências impostas pelo espírito da lei, por mais orquestrados que estejam os clamores em derredor, que vai assegurar a credibilidade da Justiça. Ao Contrário, as instituições democráticas, sem as quais só a injustiça do arbítrio prospera, só se afirmam com a afirmação da ordem jurídica em todas as suas liturgias legais [...]⁹³. (Grifo nosso).

O voto sintetiza, com precisão normativa e densidade ética, a conclusão a que este trabalho conduz: a credibilidade da Justiça não se constrói pela ampliação arbitrária do encarceramento cautelar, mas pela fidelidade às garantias que estruturam o Estado Democrático de Direito. A flexibilização de regras “rígidas” em nome da ordem pública, longe de fortalecer o sistema penal, corrói sua legitimidade e normaliza práticas de exceção incompatíveis com a Constituição.

Dessa forma, a prisão preventiva fundada em noções vagas de ordem pública consolida-se como espaço privilegiado de infiltração da lógica do inimigo no processo penal brasileiro. Ao tratar o acusado como risco a ser neutralizado, e não como sujeito de direitos submetido a um juízo de responsabilidade juridicamente delimitado, o sistema abandona sua vocação garantista e passa a operar segundo critérios de defesa social e contenção simbólica. É essa aproximação perigosa, entre cautelaridade e punição, entre processo e exceção, que evidencia a necessidade de uma revisão crítica do uso da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, sob pena de se naturalizar, no interior do processo penal, uma racionalidade estruturalmente incompatível com a democracia constitucional.

⁹³ BRASIL. STJ. HC: 813 RJ 1991/0012706-0, Rel.: Ministro José Dantas, Data de Julgamento: 28/08/1991, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 16.09.1991. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/acordaos/?classe=15%23%7C%23HC&num_processo=&num_registro=199100127060&dt_publicacao=. Acesso em: 20 jan. 2026.

5 CONCLUSÃO

O percurso analítico desenvolvido ao longo deste trabalho permitiu examinar criticamente a prisão preventiva no processo penal brasileiro, com especial atenção à utilização da denominada “garantia da ordem pública” como fundamento legitimador da restrição antecipada da liberdade. Partindo da reconstrução de sua matriz constitucional e legal, evidenciou-se que a prisão preventiva foi concebida como medida estritamente cautelar, excepcional e instrumental, subordinada à demonstração concreta do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, bem como aos princípios da presunção de inocência, da proporcionalidade e do devido processo legal.

No entanto, a análise dogmática e crítica revelou que a aplicação prática desse instituto tem se afastado progressivamente desse desenho garantista, sobretudo quando a ordem pública é invocada de forma ampla, abstrata e desvinculada de riscos processuais concretos. A indeterminação semântica do conceito tem permitido sua utilização como cláusula aberta de legitimação da custódia cautelar, favorecendo decisões fundadas em juízos de perigosidade, em expectativas de reiteração delitiva ou na necessidade simbólica de resposta à criminalidade, em detrimento da lógica estritamente cautelar que deveria orientar a medida.

A partir da incorporação do referencial teórico do Direito Penal do Inimigo, tal como formulado por Günther Jakobs e desenvolvido por seus críticos, foi possível compreender que esse desvio não se trata de mera disfunção episódica, mas de manifestação estrutural de uma racionalidade penal orientada à antecipação da intervenção estatal e à neutralização preventiva de sujeitos percebidos como ameaças à ordem normativa. Verificou-se que, quando a prisão preventiva deixa de se apoiar em riscos endoprocessuais atuais e passa a operar com base em prognósticos de comportamento futuro, ocorre um deslocamento do eixo da imputação do fato para o autor, aproximando o processo penal da lógica do inimigo.

Nesse sentido, confirmou-se a hipótese central do trabalho: a utilização expansiva e indeterminada da garantia da ordem pública tem funcionado, na prática, como ponto de contato entre a prisão preventiva e o Direito Penal do Inimigo, vulnerando a excepcionalidade da custódia cautelar e produzindo violações estruturais a direitos fundamentais do acusado. A presunção de inocência, a proporcionalidade, a jurisdicionalidade estrita da restrição da liberdade e a própria função instrumental do processo penal são progressivamente esvaziadas quando a cautelaridade cede espaço à contenção preventiva e à antecipação punitiva.

A análise dos subtópicos do quarto capítulo demonstrou, de forma convergente, que a transmutação do *periculum libertatis* em categoria abstrata de perigosidade, a conversão da prisão preventiva em pena antecipada e a erosão de seu caráter excepcional não são fenômenos isolados, mas expressões de uma mesma racionalidade expansiva. Trata-se de um processo no qual a exceção se normaliza, e o processo penal, em vez de funcionar como limite ao poder punitivo, passa a operar como seu instrumento de intensificação.

A incorporação do voto-vista proferido pelo Ministro Edson Vidigal no julgamento do Habeas Corpus nº 813/RJ permitiu reforçar, em chave institucional e normativa, a conclusão alcançada. Ao advertir que a credibilidade da Justiça não se constrói pela flexibilização arbitrária das garantias legais, mas pela fidelidade rigorosa ao ordenamento jurídico e aos direitos fundamentais, o voto evidencia que a erosão das regras cautelares não fortalece o sistema de justiça, mas compromete sua legitimidade democrática.

Dessa forma, conclui-se que a prisão preventiva fundada em noções vagas de ordem pública representa um dos espaços mais sensíveis de infiltração da lógica do Direito Penal do Inimigo no processo penal brasileiro. Ao tratar o acusado como risco a ser neutralizado, e não como sujeito de direitos submetido a um juízo juridicamente delimitado de responsabilidade, o sistema afasta-se de sua vocação garantista e se aproxima de práticas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. O enfrentamento crítico desse fenômeno exige a reafirmação da cautelaridade como instrumento do processo, da excepcionalidade como regra estruturante da prisão preventiva e da centralidade das garantias fundamentais como limites intransponíveis à atuação punitiva do Estado.

6 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, Joao Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3a ed. Rio de Janeiro. Batista de Souza, 1920.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007. t. II.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 jul. de 2025.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. art. 5º, LVII. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2025.
- BRASIL. STF. *HC 95.009/SP*, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 6.11.2008, DJe 19.12.2008. Inteiro Teor p. 33-34. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87036/false>. Acesso em: 20 jul. 2025.
- BRASIL. STJ. *HC: 813 RJ 1991/0012706-0*, Rel.: Ministro José Dantas, Data de Julgamento: 28/08/1991, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 16.09.1991. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/acordaos/?classe=15%23%7C%23HC&num_processo=&num_registro=199100127060&dt_publicacao=. Acesso em: 20 jan. 2026.
- BRASIL. STJ. *RHC 6550 (1997/0041582-1)*, Rel.: Ministro William Patterson, Data de Julgamento: 27.10.1997, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: 17.11.1997. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/acordaos/?classe=31%23%7C%23RHC&num_processo=6.550&num_registro=&dt_publicacao=. Acesso em: 20 jan. 2026.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses. Edição nº 184*. Brasília: STJ, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/12339/12443>. Acesso em: 10 dez. 2025.
- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volume 2. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARVALHO, Stephanie Ribeiro. *A construção procedimental e discursiva do direito como ação desestruturante do poder punitivo nas prisões do Brasil: do assujeitamento incapacitante da pessoa encarcerada ao seu reconhecimento como sujeito de direito*. 2020. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/jspui/handle/123456789/15044>. Acesso em: 06 de jan. 2025.
- COSTA, André de Abreu. *Direito ao esquecimento: o tempo na narrativa jurídica acerca da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a ser “deixado em paz.”* 381 f. 2019.

Tese (Doutorado em História) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal de Ouro Preto, Mariana, 2019. Disponível em:
<http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/12928>. Acesso em: 26 jan. 2026.

DELMANTO, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

DELMANTO, Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book. p.335. ISBN 9788553612956. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553612956/>. Acesso em: 16 jan. 2026.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002.

FREITAS, Helena Patrícia. *Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo*. 2018. 228 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2018. Disponível em:
http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasHP_1.pdf. Acesso em: 26 jan. 2026.

GAMA, Denise Maldonado. *O Direito Penal do Inimigo: Uma análise da expansão punitivista pelo biopoder*. Belo Horizonte. 2006.

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

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

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em:
<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 17 jan. 2026.

JAKOBS, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003.

JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Tradução: Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas*. Org. e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa. Teoria de Um Direito Funcional*, São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 6, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003.

JUNIOR., Aury L. *Direito Processual Penal* - 22ª Edição 2025. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 01 jan. 2026.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. 2006. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7105>. Acesso em: 10 jan. 2026.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Curitiba, 2004. 430 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) - Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/1203>. Acesso em: 01 jan. 2026

ROXIN, C. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, L; TÒRTIMA, F.L. (org). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002.

SANGUINÉ, Odone. *A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal* . 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999.

TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*. 2 ed revista e ampliada. Del Rey. Belo Horizonte, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 14. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.