

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

**Escola de Direito, Turismo e Museologia
Departamento de Direito**

Bruno Andrade Alvarenga

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA
PRISÃO PREVENTIVA**

**Os impactos de sua (in)definição e das possíveis delimitações como conceito jurídico indeterminado no contexto da
privação de liberdade como medida cautelar processual penal**

Ouro Preto/MG

2021

Bruno Andrade Alvarenga

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA
PRISÃO PREVENTIVA**
**Os impactos de sua (in)definição e das possíveis delimitações como conceito jurídico
indeterminado no contexto da privação de liberdade como medida cautelar processual penal**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Henrique Manoel da Costa

Ouro Preto/MG

2021



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

FOLHA DE APROVAÇÃO

Bruno Andrade Alvarenga

A garantia da ordem pública como pressuposto para a decretação da prisão preventiva.

Os impactos de sua (in)definição e das possíveis limitações como conceito jurídico indeterminado no contexto da privação da liberdade como medida cautelar processual penal

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

Aprovada em 10 de janeiro de 2022

Membros da banca

Especialista - Professor Luiz Henrique Manoel da Costa - Universidade Federal de Ouro Preto
Doutora - Professora Beatriz Schettini - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestre - Professor Fabiano Cesar Rebuzzi Guzzo - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestre - Professor Edvaldo Costa Pereira Júnior - Universidade Federal de Ouro Preto

Professor Luiz Henrique Manoel da Costa, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 19/01/2022



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Henrique Manoel da Costa, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 24/01/2022, às 15:18, 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 **0271328** e o código CRC **1CA2341F**.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe por todo o amor e por me auxiliar em todo necessário na formação acadêmica, profissional e como pessoa.

À minha companheira Isméria Silva Prado que dividiu comigo os momentos mais felizes e desafiadores na terra dos inconfindentes.

Aos promotores de justiça José Lourdes de São José, Samira Rezende Trindade Lomeu, Jonas Junio Linhares Costa Monteiro e colegas do estágio no Ministério Público de Minas Gerais que sempre acreditaram e me impulsionaram nessa trajetória.

Aos amigos que fiz pelo caminho, os quais independente da distância, poderão contar com minha amizade, porque esta consiste na semente mais nobre a se cultivar.

*“A força do direito deve superar o
direito da força” (Ruy Barbosa)*

RESUMO

Esta monografia aborda a indefinição e ausência da delimitação do conceito jurídico da expressão “garantia da ordem pública” como fundamento para decretação da prisão preventiva no âmbito das medidas cautelares processuais penais. Partindo do princípio que a prisão cautelar é das referidas medidas a mais gravosa e portanto só podendo ser decretada quando as outras forem incabíveis, buscou-se demonstrar uma hipótese de delimitação conceitual baseando-se em diretrizes enumeradas pela jurisprudência dos tribunais superiores, bem como os entendimentos doutrinários e o preenchimento da lacuna principiológica através de análise sistemática de dispositivos legais correlacionados.

Palavras-chave: Prisão preventiva, garantia da ordem pública, indefinição, presunção de inocência, processo penal.

ABSTRACT

This monograph addresses the lack of definition and the lack of delimitation of the legal concept of the expression “guarantee of public order” as a basis for the decree of preventive detention within the scope of criminal procedural precautionary measures. Assuming that provisional detention is the most burdensome of the aforementioned measures and therefore can only be decreed when the others are unreasonable, we sought to demonstrate a hypothesis of conceptual delimitation based on guidelines listed by the jurisprudence of the higher courts, as well as the doctrinal understandings and filling the principle gap through systematic analysis of correlated legal provisions.

Keywords: Pre-trial detention, guarantee of public order, uncertainty, presumption of innocence, criminal procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
Inf.	Informativo
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
STF	Superior Tribunal de Justiça
STJ	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PROCESSUAL PENAL	12
2.1 Outras situações fáticas do <i>periculum in libertatis</i>	13
3 INDEFINIÇÃO JURÍDICA DE “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”	15
3.1 Três principais correntes segundo Renato Brasileiro de Lima	17
3.2 Alteração do art. 282, I do CPP pela Lei n.º 12.403/11	21
4 A DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO POR ANALOGIA E PELA JURISPRUDÊNCIA	22
5 CONCLUSÃO	24
6 REFERÊNCIAS	26

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico tem como objeto a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, sendo esta medida cautelar, ao lado da prisão temporária, a mais gravosa por ser o último recurso disponível e grau limite do sistema penal, de modo a possibilitar a relativização da presunção de inocência quando preenchidos seus requisitos e pressupostos enumerados e esmiuçados no desenvolver desta pesquisa.

O art. 312 do Código de Processo Penal enumera os referidos pressupostos da prisão preventiva, quais sejam a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, 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 imputado.”¹ Logo em seguida o art. 313 do mesmo dispositivo legal complementa elencando as hipóteses de admissibilidade desta medida.

Da combinação dos dois dispositivos supramencionados extrai-se o “*fumus comissi delicti*” e o “*periculum in libertatis*” correspondentes ao que no âmbito da Teoria Geral do Processo seria o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Necessário evidenciar o que salienta Aury Lopes Júnior, no sentido de que os termos processuais civis utilizados no âmbito cautelar processual penal constituem uma impropriedade semântica e jurídica, não há “fumaça do bom direito” porque o delito é a própria negação do direito, oportunidade em que também não há “perigo da demora” como requisito, mas sim fundamento, posto que este no processo penal é o perigo da continuação do estado de liberdade do indivíduo.²

No desenvolver do estudo monográfico, um enfoque maior se dá a um dos pressupostos autorizadores da decretação desta prisão, sendo este o da “garantia da ordem pública”, que chama atenção por sua conceituação indeterminada, vaga e que carece de delimitação, com sentido demasiado amplo, do qual se desdobrou diferentes correntes interpretativas doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais diferentes no decurso do tempo.

Tal imprecisão terminológica acarreta problemas, de um lado a hipotética violação ao direito de ir e vir, qual seja a liberdade do imputado; de outro a dificuldade de se atender ao requisito da fundamentação (de matriz constitucional) tendo por base um conceito

1 BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

2 JUNIOR, Aury. Celso. Lima. L. *Direito processual penal*: Editora Saraiva, 2020. pág. 632.

indeterminado; donde esta pesquisa busca apontar na direção de uma solução, a partir de uma análise de legalidade e juridicidade do dispositivo, valendo-se de uma analogia para interpretar a lei processual penal de forma sistemática, tendo em conta, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, aqui inseridas, inclusive a interpretação contida nas decisões dos tribunais superiores, em unidade com a Constituição da República, buscando alternativas que delimitem a utilização do referido pressuposto como fundamento para se decretar uma prisão preventiva.

Vale ressaltar, que a indeterminação do conceito e seus problemas teóricos acima referidos, podem e provavelmente repercutem na questão evidenciada no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, qual seja, a grande população carcerária brasileira; das 759.518 pessoas privadas de liberdade no ano de 2020, 229.823 tratavam-se de pessoas presas provisoriamente³, ou seja, que não fosse por força de uma sentença penal condenatória, um indicativo de que no Brasil prende-se muito, sobretudo de forma provisória e por consequência de forma cautelar também, o que aumenta a potencialidade danosa de uma decisão judicial autorizadora de prisão preventiva fundamentada de forma indevida com base predominantemente na garantia da ordem pública, não obstante a gravíssima possibilidade de manter preso cautelarmente indivíduo que venha a ser absolvido em momento posterior.

O ponto a ser demonstrado é que, há uma delimitação doutrinária e legal que deve ser aplicada à garantia da ordem pública como pressuposto da prisão preventiva, conforme se desenvolve o estudo através da corrente doutrinária restritiva e de uma análise do próprio Código de Processo Penal, além de entendimentos jurisprudenciais no sentido de vedar a decretação dessa medida cautelar extrema tendo este como único fundamento.

Para tanto a metodologia aplicada foi a teórico-dedutiva e de análise de decisões judiciais, com emprego de pesquisa bibliográfica e documental legal, utilizando livros, legislações, e doutrina jurídica pertinentes ao tema.

O presente trabalho parte de uma análise que privilegia uma interpretação do processo penal com os olhos voltados para a Constituição da República, considerando especialmente o princípio da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CR/88). Logo, para fundamentar devidamente e sem vagueza, decisão que decreta prisão preventiva tendo como um dos fundamentos a garantia da ordem pública, necessário se faz definir melhor e delimitar

3 Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN; Fórum Brasileiro de Segurança Pública

esse termo, o que se realiza a partir de interpretação analógica da lei processual penal, considerações doutrinárias e posicionamento dos tribunais superiores.

No capítulo 2 é realizada uma conceituação do instituto da prisão preventiva, bem como sua classificação e seu caráter cautelar. Após, no subtópico deste capítulo buscou-se contextualizar o pressuposto da garantia da ordem pública introduzindo-se primeiramente outros pressupostos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, explicitando algumas pontuais características de cada um deles, deixando estrategicamente, contudo, a garantia da ordem pública para ser tratada posteriormente porquanto objeto principal de estudo do trabalho.

Em raciocínios contínuos, no terceiro e principal tópico, fez-se uma abordagem problematizadora da garantia da ordem pública, exacerbando efeitos e circunstâncias da indefinição jurídica do termo, sua ausência de delimitação, suscitando críticas à vagueza do termo e sustentando sua classificação como lacuna do direito. Diante disso, no primeiro subtópico deste capítulo, começa-se a demonstrar a evolução, as tendências e correntes no que se refere ao entendimento sobre a aplicação prática do referido pressuposto da prisão cautelar. Logo após, no segundo subtópico iniciou-se a exposição da possibilidade de uma solução preenchedora da lacuna advir de uma reforma estrutural realizada no Código de Processo Penal em 2011.

No quarto capítulo é demonstrada a possível aplicação de analogia entre dispositivos do mesmo diploma legal, qual seja o Código de Processo Penal, valendo-se do teor do art. 282, inciso I reformado, combinando-o com o mencionado art. 312, fundamentando a pertinência e viabilidade dessa análise na interpretação combinada dos dispositivos legais com a jurisprudência.

Na conclusão (quinto tópico) encerra-se a análise concluindo pela delimitação e definição conceitual proposta nesse trabalho, como forma de garantir-se o caráter preventivo geral do sistema jurídico penal como um todo, não devendo o instituto prisão preventiva como garantia da ordem pública ser utilizado de forma infundada, bem como não devendo ser declarado inaplicável, inconstitucional ou incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

2. A PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PROCESSUAL PENAL

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, em decisão judicial devidamente fundamentada, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente da acusação, em qualquer fase da instrução penal ou das investigações, preenchidos os requisitos legais enumerados no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Como ponto de partida, o art. 282 §6º do Código de Processo Penal⁴ é essencial e define a prisão preventiva como *ultima ratio*, isto é, último instrumento de cautelaridade a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise de sua adequação e suficiência em face das outras medidas cautelares:

Art. 282, §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Nesse sentido, conforme preconiza Aury Lopes Júnior, para decretar-se a prisão preventiva ou qualquer outra prisão cautelar, face ao altíssimo custo que significa, é preciso um juízo de probabilidade razoável, um predomínio das razões positivas, uma probabilidade densa com alta verossimilhança: “Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado”⁵. Daí se extrai a incidência necessária do fundamento caracterizador do *fumus comissi delicti*, sendo estes conforme Renato Brasileiro de Lima, a prova de existência do crime ou indícios suficientes de materialidade somados a indícios suficientes de autoria que recaiam sobre o indivíduo polo passivo da prisão preventiva.⁶

Por sua vez, é no *periculum in libertatis*, que se encontram as diferentes situações fáticas cuja proteção se faz necessária e por esta razão o estado de liberdade do indivíduo representa iminente perigo para a referida proteção destas situações. Estas, taxativamente, elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal: “garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal,

4 BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

5 JUNIOR, Aury. Celso. Lima. L. *Direito processual penal*: Editora Saraiva, 2020. pág. 686.

6 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*: Editora JusPodivm, 2020

quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”⁷

2.1 Outras situações fáticas do *periculum in libertatis*

A garantia da ordem econômica foi acrescida ao art. 312 do Código de Processo Penal por força da Lei n.º 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste e tem como escopo dar fim a condutas que colocam em risco a harmonia e tranquilidade da ordem econômica, condutas estas que prejudicam seriamente a credibilidade e o pleno funcionamento do sistema financeiro nacional bem como o mercado de ações e valores. Fauzi Hassan Choukr explicita que sua utilização no cotidiano forense é rara, posto que, quando o crime gera forte abalo social por afetar seriamente o sistema financeiro ou a ordem econômica em proporção elevada, é mais comum fazer-se presente a fundamentação pela garantia da ordem pública, sendo a ordem financeira um elemento integrante desta última.⁸

Por sua vez a conveniência da instrução criminal ou tutela da prova possui caráter protetivo instrumental e é utilizada como fundamento quando há robustos indícios de risco para o prosseguimento regular da instrução penal. Trata-se de ocasião em que a liberdade do acusado gera perigo concreto para coleta, manutenção e desenvolvimento da prova, como quando o imputado intimida testemunhas, destrói documentos ou demonstra vestígios de atos preparatórios para frustrar a persecução penal.

Aury Lopes Júnior problematiza o emprego do termo “conveniência” nesse caso, isto porque assim como ocorre na garantia da ordem pública, conforme será demonstrado, trata-se de “termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva”⁹

Ao seu tempo, temos o asseguramento da aplicação da lei penal quando a liberdade importa em risco de fuga, que para o mencionado autor “não pode ser presumido, tem de estar fundado em circunstâncias concretas”, no mesmo sentido Aury ressalta que a gravidade do

7 BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

8 CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

9 JUNIOR, Aury. Celso. Lima. L. *Direito processual penal*: Editora Saraiva, 2020. pág. 691.

delito ou situação favorável do imputado não bastam para ensejar a fundamentação de tal pressuposto, sendo necessária prova razoável de tal risco.¹⁰

Há aqui um evidente caráter processual, na medida em que busca-se garantir o resultado efetivo do processo, qual seja a execução da sentença penal condenatória, com o devido cumprimento desta pena.

No que tange a garantia da ordem pública, esta será tratada detalhadamente à parte.

Posto isso, para que a prisão preventiva seja decretada, conforme Renato Brasileiro de Lima, basta que o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado se evidencie com a presença de uma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal acima descritas, somada ao *fumus commissi delicti*. O referido *periculum libertatis*, segundo o autor, que justifica qualquer medida cautelar processual penal, por sua característica cautelar de ser provisional e situacional deve ser iminente, contemporâneo, que diz respeito a fatos presentes. Conforme o STJ: “É dizer, não se admite a decretação de uma medida cautelar para tutelar fatos pretéritos, que não necessariamente ainda se fazem presentes”¹¹. Trata-se do princípio da atualidade (ou contemporaneidade) do perigo.¹²

10 JUNIOR, Aury. Celso. Lima. L. *Direito processual penal*: Editora Saraiva, 2020. pág. 692

11 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ - AgRg no HC 656636 PB 2021/0096573-5

12 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*: Editora JusPodivm, 2020

3. INDEFINIÇÃO JURÍDICA DE “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”

De todas as situações caracterizadoras do *periculum in libertatis*, a garantia da ordem pública evidencia um grau destoante de indeterminação. Guilherme Nucci afirma que a garantia da ordem pública diz respeito à “indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito” porquanto são casos que normalmente violam a ordem pública aqueles que afetam a credibilidade do judiciário; os que causam grande repercussão social e abalo (o que não se confunde com sensacionalismo midiático ou clamor público) e crimes cometidos mediante intensa violência ou grave ameaça, ou ainda aqueles com outra forma de execução cruel; bem como o contexto de alta probabilidade de reiteração delitiva do agente, demonstrada através de muitos registros de antecedentes criminais e/ou práticas reincidentes.¹³

Sobre esse juízo de probabilidade da reiteração delitiva levantou-se por diversas vezes o questionamento quanto a atos infracionais análogos a crimes, praticados por inimputáveis em razão da idade, ocasião em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oscilou muito no seu entendimento ao longo dos últimos anos.

No ano de 2015, a referida corte proferiu julgado no sentido de que a prática anterior de atos infracionais por parte do polo passivo da prisão preventiva, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, poderia ser utilizada para justificar manutenção de prisão preventiva como garantia da ordem pública.¹⁴

Obstante em 2016, a 6ª Turma do mesmo tribunal, decidiu de forma diferente, ressaltando que, no âmbito do processo penal, o fato de o possível autor do crime já ter se envolvido na prática de ato infracional não constitui fundamento idôneo à decretação de prisão preventiva, posto que, a vida na época da menoridade não pode ser levada em consideração pelo Direito Penal para nenhum fim. Considerando que atos infracionais não configuram crimes e, por essa razão, não é possível estes configurarem como maus antecedentes nem como reincidência, porquanto fatos ocorridos ainda na adolescência estão acobertados por sigilo e sujeitos a medidas judiciais exclusivamente voltadas à proteção do jovem.¹⁵

13 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. São Paulo: RT, 2008. pág. 605

14 BRASIL, Informativo n.º 554, Superior Tribunal de Justiça

15 BRASIL, Informativo n.º 576, Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, o entendimento mais recente, consubstanciado ainda em 2016, através da Terceira Seção do referido tribunal, retornou ao entendimento de que a prática de ato infracional durante a adolescência pode servir de fundamento para a decretação de prisão preventiva, fazendo o adendo de que a autoridade judicial observe os seguintes critérios orientadores: a particular gravidade concreta do ato infracional, não bastando mencionar sua equivalência a crime abstratamente considerado grave; a distância temporal entre o ato infracional e o crime que deu origem ao processo (ou inquérito policial) no qual se deve decidir sobre a decretação da prisão preventiva e a comprovação desse ato infracional anterior, de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência ¹⁶. Sendo este último o que é possível se entender como um desdobramento do *fumus commissi delicti* em face do ato infracional.

Conforme explicitado em tópicos anteriores, para a medida cautelar mais extrema e última medida a ser utilizada somente na hipótese de não cabimento de nenhuma outra prevista no Código de Processo Penal, é problemático que um dos seus pressupostos, qual seja a garantia da ordem pública, careça de uma definição bem delimitada e clara para sua aplicação devida.

Isto porque Aury Lopes Júnior ao referenciar o que explicita Piero Calamandrei, denuncia que essa vagueza pode levar a uma inexistência de objeto da prisão cautelar, o que levaria conseqüentemente a uma ausência de delimitação do seu campo de incidência, perdendo sua legitimidade porquanto afastada de seu objeto e finalidade, logo como desdobramento, perdendo seu caráter cautelar.¹⁷¹⁸

16 BRASIL, Informativo n.º 585, Superior Tribunal de Justiça

17 JUNIOR, Aury. Celso. Lima. L. *Direito processual penal*: Editora Saraiva, 2020. pág. 700

18 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, cit., p. 21-22.

3.1 Três principais correntes segundo Renato Brasileiro de Lima

Na busca de organizar e delimitar os sentidos da expressão “garantia da ordem pública” no âmbito de pressuposto para decretação da prisão preventiva, Renato Brasileiro de Lima enumera três principais correntes doutrinárias, que interpretam de formas diferentes a definição conceitual e referente à aplicabilidade, bem como legitimidade e até constitucionalidade do referido pressuposto.

Conforme LIMA, “garantia da ordem pública” é algo extremamente vago e indeterminado, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu significado, o que gera pelo menos 3 (três) correntes acerca do tema:¹⁹

A primeira corrente, considerada minoritária, defende a finalidade endoprocessual da cautelar e que a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública não seria dotada deste caráter, figurando como modalidade de cumprimento antecipado de pena, e ultrapassando sua aplicação de fins meramente processuais para fins penais, sendo, portanto, inconstitucional por violar o consagrado princípio da presunção de inocência elencado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal²⁰.

É nesse sentido a crítica de JUNIOR²¹:

“(…)por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, como mostraremos no próximo item, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem re-corra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. Quanto à prisão cautelar para garantia da integridade física do imputado, diante do risco de “linchamento”, atualmente predomina o acertado entendimento de que é incabível. Prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável. Por fim, há aqueles que justificam a prisão preventiva em nome da

19 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*: Editora JusPodivm, 2020

20 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988

21 JUNIOR, Aury. Celso. Lima. L. *Direito processual penal*: Editora Saraiva, 2020. pág. 701

“credibilidade da justiça” (pois deixar solto o autor de um delito grave geraria um descrédito das instituições) e, ainda, no risco de reiteração de condutas criminosas. Esse último caso se daria quando ao agente fossem imputados diversos crimes, de modo que a prisão impediria que voltasse a delinquir. Com maior ou menor requinte, as definições para “garantia da ordem pública” não fogem muito disso. (...)

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. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública. A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.” (grifei)

No mesmo sentido, Odone Sanquiné pontua que

“a prisão preventiva para garantia da ordem pública acaba sendo utilizada com uma função de preservação 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 cumprir”²²

A segunda corrente por sua vez, consiste na corrente restritiva e considera a cautelaridade da garantia da ordem pública no âmbito da prisão preventiva pautada no juízo de probabilidade e possibilidade concreta de reiteração delitiva por parte do acusado caso permaneça solto, sustentada por robustos elementos, quais sejam evidências que demonstrem que caso o acusado fique em liberdade, este muito provavelmente retornará à prática de crimes, seja porque manter-se-ão os mesmos estímulos para voltar a delinquir, por estar imerso em um submundo de criminalidade, seja por possuir registros criminais que demonstrem habitualidade criminosa, bem como convivência com “parceiros do crime”.

Para essa corrente, “o caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o princípio da prevenção geral”²³

O que se faz nessa perspectiva, é um juízo de periculosidade do agente, não de culpabilidade, rebatendo o que pensa a primeira corrente de entendimento, afastando a suposta natureza penal violada pela medida cautelar em tela. Esse inclusive é o entendimento predominante nos tribunais superiores, mesmo que não tenham o condão de exasperar a pena-

22 SAQUINÉ, Odone, “*A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*”. In: Revista de Estudos Criminais, n.º 10, p. 114/115

23 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*: Editora JusPodivm, 2020

base no momento da dosimetria da pena, inquéritos policiais e processos em andamento são elementos aptos a demonstrar eventual reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva.²⁴

Portanto, para essa corrente, a prisão preventiva poderá ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública sempre que dados concretos demonstrarem que, se o agente permanecer solto, voltará a delinquir.

Por consequência a Suprema Corte tem censurado decisões judiciais que fundamentam a privação preventiva da liberdade no reconhecimento de fatos amoldados à própria descrição abstrata do tipo penal, bem como a decretação da prisão preventiva em virtude da repercussão da infração ou do clamor social provocado pelo crime, considerados isoladamente. Circunstâncias que desdobram no que para o Supremo Tribunal Federal, não constituem fundamentos capazes, por si só, de autorizarem a prisão preventiva, quais sejam: o chamado clamor público provocado pelo fato atribuído ao réu, a repercussão midiática, a demonstração de desinteresse do réu em colaborar com a justiça em sede de interrogatório, a afirmação de ser o acusado capaz de interferir nas provas e constranger testemunhas (sem elementos suficientes) e a recusa do acusado em cumprir decreto anterior ilegal de prisão processual.²⁵

Nesse diapasão, a terceira corrente, que é a ampliativa, postula que a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública pode ser decretada com a finalidade de impedir que o agente continue a delinquir, bem como para acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público²⁶.

Trata-se aqui de um entendimento predominante em um paradigma jurídico mais arcaico remontador das décadas de 1980 e 1990, que deixou resquícios de tempos anteriores à ordem constitucional atual. Fernando Capez como adepto dessa corrente, registra que “a brutalidade do delito provoca comoção social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”²⁷

De todas as correntes, a terceira, ora ampliativa é a que mais permite discricionariedades e reduz mais ainda a delimitação no que tange ao conceito de garantia da ordem pública, apesar disso BRASILEIRO faz uma observação importante:

24 STJ, 6ª Turma, RHC 055.365/CE, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/03/2015, DJe 06/04/2015. STJ, 6ª Turma, RHC 052.402/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18/12/2015, DJe 05/02/2015.

25 STF HC 79.781/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 09/06/2000 p.22

26 BRASIL, Informativo n.º 397, Superior Tribunal de Justiça

27 CAPEZ, Fernando, *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279

“independentemente da corrente que se queira adotar, comprovada a periculosidade do agente com base em dados concretos, ou na eventualidade da presença de outra hipótese autorizadora da prisão preventiva, condições pessoais favoráveis como bons antecedentes, primariedade, profissão definida e residência física não impedem a decretação de sua prisão preventiva.”²⁸

28 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*: Editora JusPodivm, 2020

3.2 Alteração do art. 282, I do CPP pela Lei n.º 12.403/11

A lei n. 12.403/2011 trouxe uma reforma estrutural ao Código de Processo Penal, e como um dos marcos mais importantes, a alteração do art. 282, inciso I do referido Código foi crucial para retirar-se do próprio dispositivo normativo uma direção para se (re)pensar a garantia da ordem pública. Nesse sentido, analisando o art. 282, I em paralelo com o art. 312 do CPP, tem-se que as medidas cautelares deverão ser adotadas observando-se a necessidade para a aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e, para evitar a prática de infrações penais.

Perceba-se que a prisão preventiva é espécie do gênero medida cautelar, sendo que os pressupostos elencados em ambos os dispositivos são os mesmos, com exceção da garantia da ordem pública. No art. 282 do CPP que dispõe em caráter geral sobre as medidas cautelares, em substituição ao referido termo, houve a opção do legislador por “evitar prática de infrações penais”, o que pode ensejar uma linha de interpretação mais restritiva do que a segunda corrente mencionada anteriormente, sem tornar o dispositivo “garantia da ordem pública” inconstitucional ou incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

4. A DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO POR ANALOGIA E PELA JURISPRUDÊNCIA

É sabido que a norma processual penal admite interpretação por analogia conforme determina o art. 3º do Código de Processo Penal: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”

A classificação da expressão “garantia da ordem pública” como lacuna do ordenamento jurídica a ser preenchida, advém da plena aplicabilidade demonstrada pela ampla adoção dos tribunais superiores ao entendimento da corrente restritiva e também do princípio da Prevenção geral como uma das finalidades a que se presta o sistema processual penal, conforme DIETER²⁹:

a prevenção geral em sua forma positiva cumpriria o papel de normalizar as relações sociais, garantindo a ordem através da estabilização das expectativas da sociedade, e em sua forma negativa, por meio do poder intimidante que caracteriza o Direito Penal, funcionaria como inibidora de futuras ações criminosas pela certeza da punição; já a prevenção especial dá-se negativamente através da “neutralização” do sujeito criminoso (ou criminalizado) do coletivo social pelo isolamento

E é diante disso, que ao considerar-se a expressão “garantia da ordem pública” como lacuna do direito processual penal, nos é permitido recorrer a outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro que delimitam a definição desse conceito, como uma análise sistemática do próprio art. 282, inciso I do CPP realizada anteriormente.

Diante dessas disposições a jurisprudência trouxe critérios para esse tipo de fundamentação para decretação da prisão preventiva. Primeiramente toda e qualquer situação violadora da “garantia da ordem pública” deve ser constatada concretamente, não sendo possível sua decretação com base em critérios verificados apenas de forma abstrata, sendo assim a pacífica jurisprudência do STJ.³⁰

Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 20 do Decreto-lei 4.657/42, segundo o qual, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas.

29 DIETER, Maurício Stegemann, Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs, disponível em <https://criminal.mppr.mp.br/pagina-525.html> acesso em 13/01/22

30 BRASIL, Informativo n.º 426, Superior Tribunal de Justiça

O raciocínio é válido não só para garantia da ordem pública, mas para todo e qualquer outro motivo cautelar, conforme a nova redação do art. 312, §2º, dada pela Lei n.º 13.964/2019: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Enquanto tem-se na redação do *caput* do art. 312 a garantia da ordem pública como fundamento, é possível delimitar o que seria essa “ordem pública” partindo da definição de abalo desta proposta por NUCCI, sendo “a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito”³¹, Logo se a prática do delito que abala esta ordem pública normal e ordinária da sociedade e numa análise da regra geral das medidas cautelares processuais penais elencadas no art. 282, inciso I do Código de Processo Penal, tem-se que o risco a ordem pública, a periculosidade do acusado que gera essa gravidade concreta deve-se limitar ao juízo de probabilidade deste praticar delitos, se solto.

31 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. São Paulo: RT, 2008. pág. 605

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, uma proposta pertinente para tratar a indefinição ou carência de delimitação para o fator “garantia da ordem pública”, é aplicá-la observando o art. 282, inciso I do CPP e a corrente doutrinária restritiva, porquanto adotada predominantemente pelos tribunais superiores nas suas decisões mais recentes.

Dessa forma, se o entendimento da corrente restritiva por si só não obteve êxito na delimitação do referido termo, uma restrição e limitação maior de “garantia da ordem pública” para somente o comprovado risco de reiteração criminosa somado aos outros requisitos legais autorizadores da custódia cautelar, satisfaz de forma mais eficiente a carência de fundamentação por vagueza do termo.

A delimitação proposta pela analogia da regra geral das medidas cautelares constante no art. 282, inciso I do CPP, considera a unidade do sistema jurídico e torna possível a decretação da prisão preventiva em casos nos quais a liberdade do acusado resulta em perigo concreto de reiteração criminosa, sendo este o fim a que se presta tal fundamento: garantir a ordem social, protegendo a coletividade do abalo e da violação que o delito causa, por este ser propriamente a negação do direito e o ato mais severo de contrariedade ao ordenamento jurídico.

Mostra-se, portanto, necessário, nas situações em que há robustos elementos probabilísticos de reiteração criminosa, sem exclusão dos outros requisitos e pressupostos legais, a supressão do direito de ir vir do acusado pela imperatividade do instituto da prisão preventiva, a fim de que sejam protegidos outros direitos fundamentais cujo titular é a coletividade, os quais num juízo de proporcionalidade analisado conforme o caso concreto, demonstrem a necessidade de serem tutelados pela medida cautelar mais extrema e gravosa do processo penal brasileiro.

Por fim, conclui-se que uma restrição mais incisiva do fundamento “garantia da ordem pública” limitada ao risco de reiteração criminosa reforça ainda mais a posição das cortes superiores brasileiras no sentido contrário à primeira corrente, que sustenta uma inconstitucionalidade e incompatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro, o qual por sua subjetividade, seria utilizado discricionariamente e de forma indiscriminada por

muitos juízes. Diante disso, ao adotar-se a corrente restritiva com o referido adendo do art. 282, I do CPP, a terceira corrente, qual seja a ampliativa, é visualizada com ainda mais arcaicidade e incompatibilidade com o paradigma constitucional pós 1988, restando uma fundada razão de que o mais oportuno, por tudo que foi exposto, seria justamente restringir ainda mais o que propõe a corrente restritiva até que surja uma inovação legislativa e/ou jurisprudencial mais avançada que facilite a fundamentação das decisões judiciais, previna prisões infundadas e garanta proteção efetiva à sociedade.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, Informativo n.º 397, Superior Tribunal de Justiça – disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/1141/showToc> acesso em 13/01/22

BRASIL, Informativo n.º 426, Superior Tribunal de Justiça – disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/1188/showToc> acesso em 13/01/22

BRASIL, Informativo n.º 554, Superior Tribunal de Justiça – disponível em https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0554.pdf acesso em 13/01/22

BRASIL, Informativo n.º 576, Superior Tribunal de Justiça – disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/633/showToc> acesso em 13/01/22

BRASIL, Informativo n.º 585, Superior Tribunal de Justiça – disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/624/showToc> acesso em 13/01/22

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN; Fórum Brasileiro de Segurança Pública disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf> acesso em 13/01/22

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ - AgRg no HC 656636 PB 2021/0096573-5

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*

CAPEZ, Fernando, *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

DIETER, Maurício Stegemann, *Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs*, disponível em <https://criminal.mppr.mp.br/pagina-525.html> acesso em 13/01/22

JUNIOR, Aury. Celso. Lima. L. *Direito processual penal*: Editora Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008

SAQUINÉ, Odone, “*A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*”. In: *Revista de Estudos Criminais*, n.º 10, p. 114/115

STF HC 79.781/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 09/06/2000 p.22

STJ, 6ª Turma, RHC 052.402/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18/12/2015, DJe 05/02/2015

STJ, 6ª Turma, RHC 055.365/CE, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/03/2015, DJe 06/04/2015.