



Insegurança Jurídica e o Encarceramento Provisório: Os Danos Sistêmicos da Aplicação Genérica da Prisão Preventiva pela Garantia da Ordem Pública

Legal Uncertainty and Provisional Incarceration: The Systemic Damages of the Generic Application of Pre-trial Detention Based on the Guarantee of Public Order

Blanda de Paula Salgueiro Coelho

Graduanda em Direito. Universidade Federal do Amazonas.

Roberta Karina Cabral Kanzler

Doutora em Direito (PUC-MG), Mestre em Ciência e Meio Ambiente (UFGA), Professora de Direito Penal da Universidade Federal do Amazonas-Departamento de Direito Público-Faculdade de Direito – UFAM.

Resumo: O presente estudo científico aborda a banalização da prisão preventiva no Direito brasileiro, focando na utilização indevida do requisito da garantia da ordem pública. O objetivo geral deste trabalho é demonstrar que o uso genérico da ordem pública como fundamento cautelar viola princípios constitucionais basilares e agrava a crise do sistema prisional. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de obras doutrinárias e a análise jurisprudencial de decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ). A análise revelou que a indeterminação conceitual da ordem pública confere ao julgador uma margem de discricionariedade excessiva, permitindo a fundamentação em argumentos genéricos, sem a demonstração de perigo concreto e atual à persecução penal. Em conclusão, a pesquisa demonstrou que a ausência de parâmetros objetivos para a definição de 'ordem pública' gera, de fato, profunda insegurança jurídica e desigualdade. Essa instabilidade nas decisões e a seletividade na aplicação da medida, que onera desproporcionalmente grupos vulneráveis (jovens, negros e de baixa escolaridade), transformam a prisão preventiva em uma antecipação de pena. O estudo conclui pela urgência de uma reformulação hermenêutica que imponha balizas objetivas e restritivas, vinculando a custódia estritamente à proteção do processo, a fim de resgatar a legitimidade do sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: prisão preventiva; ordem pública; insegurança jurídica; seletividade.

Abstract: This scientific study addresses the trivialization of pre-trial detention (prisão preventiva) in Brazilian Law, focusing on the undue use of the requirement of "guarantee of public order". The general objective of this work is to demonstrate that the generic use of public order as a precautionary basis violates basic constitutional principles and exacerbates the crisis of the prison system. The methodology used was the bibliographic review of doctrinal works and the jurisprudential analysis of decisions from the Superior Courts (STF and STJ). The analysis revealed that the conceptual indeterminacy of public order grants the judge an excessive margin of discretion, allowing for the justification of the measure based on generic arguments, without the necessary demonstration of concrete and current danger to the criminal prosecution. In conclusion, the research demonstrated that the absence of objective parameters for defining 'public order' generates, in fact, profound legal uncertainty and inequality. This instability in decisions and the selectivity in the application of the measure, which disproportionately burdens vulnerable groups (young people, Black individuals, and those with low educational attainment), transform pre-trial detention into an anticipation of punishment. The study concludes by emphasizing the urgent need for a hermeneutical

reformulation that imposes objective and restrictive guidelines, linking the custody strictly to the protection of the process, in order to restore the legitimacy of the criminal justice system.

Keywords: Pre-trial Detention; Public Order; Legal Uncertainty; Selectivity; Presumption of Innocence.

INTRODUÇÃO

No Direito brasileiro, a privação da liberdade antes de uma condenação definitiva deve operar como uma medida de exceção. Esse preceito fundamental, no entanto, é confrontado pela prática forense, que tem revelado a banalização da prisão preventiva, frequentemente decretada sob o fundamento genérico da “garantia da ordem pública”. Essa distorção é marcada pela indeterminação conceitual e pela subjetividade do termo, o qual faculta decisões arbitrárias e perpetua a seletividade do sistema penal contra grupos vulneráveis.

O objetivo geral deste trabalho é demonstrar que a utilização genérica da ordem pública como requisito cautelar viola princípios constitucionais basilares e agrava a crise do sistema prisional.

O problema de pesquisa que norteia este estudo é: A insegurança jurídica geradora de problemas futuros consequentes da decretação ou manutenção da prisão preventiva pelo requisito da ordem pública.

A metodologia adotada para desenvolver esta análise consiste na revisão bibliográfica de obras doutrinárias e na análise jurisprudencial de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

O estudo inicia-se delineando os contornos normativos das prisões cautelares. O capítulo apresenta a distinção entre prisão-pena e prisão cautelar, abordando o caráter de excepcionalidade da custódia provisória e detalhando os requisitos gerais (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*). Em seguida, o foco recai sobre a prisão preventiva e a controvérsia do conceito aberto de “garantia da ordem pública”.

Posteriormente, são examinados os impactos da subjetividade judicial na superlotação carcerária e as violações aos princípios que regem o Direito brasileiro. Este capítulo demonstra a seletividade do encarceramento provisório contra grupos mais fragilizados e a transgressão de preceitos constitucionais, como a Presunção de Inocência e a Igualdade.

Por fim, o trabalho discute a insegurança jurídica resultante da imprevisibilidade das decisões, com uma análise da jurisprudência do STF e do STJ na tentativa de delimitar o conceito de “ordem pública”. O capítulo conclui pela necessidade de fixação de balizas interpretativas objetivas para resgatar a legitimidade do processo penal democrático.

A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS CONTORNOS

No ordenamento jurídico brasileiro, a privação da liberdade é, inequivocamente, a medida mais severa imposta pelo Estado, representando uma exceção ao direito fundamental de ir e vir, consagrado no artigo 5º, XV, da Constituição Federal. Por este motivo, a sua aplicação é reservada a situações de absoluta excepcionalidade e estritamente regulada pela própria Carta Magna e pela legislação infraconstitucional, sempre condicionada à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de flagrante delito ou transgressão militar.

O sistema de justiça criminal contempla, nesse sentido, diferentes modalidades de prisão, que se dividem fundamentalmente em duas categorias principais, distintas por sua natureza e finalidade: a prisão-pena e a prisão cautelar.

Nesse sentido, a prisão pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva (Távora, 2017, p. 891).

A execução da pena observa um sistema dinâmico de regimes progressivos, como o fechado, aplicado em estabelecimentos de segurança máxima ou média para condenados a penas superiores a oito anos; o semiaberto, cumprido em colônias agrícolas ou industriais, onde se permite o trabalho externo durante o dia, para penas entre quatro e oito anos; e o aberto, executado em “casa do albergado”, baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do apenado, para condenações de até quatro anos. A progressão entre esses regimes é um direito do apenado e depende do cumprimento de parte da pena e de seu mérito, visando sua gradativa reintegração ao convívio social.

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Távora, 2017, p. 891).

Nesse sentido, a decretação de qualquer medida cautelar, sobretudo a prisão, exige a presença de dois requisitos gerais: o *fumus comissi delicti*, que é a prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, e o *periculum libertatis*, que representa o perigo concreto que a liberdade do indivíduo oferece ao bom andamento do processo.

Dentre as prisões cautelares, destaca-se a prisão em flagrante, uma medida pré-cautelar de natureza administrativa, efetuada por qualquer do povo ou pelas autoridades policiais no momento ou logo após o cometimento do delito, conforme

as hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal (CPP). Sua legalidade é imediatamente submetida ao crivo do Poder Judiciário na audiência de custódia, momento em que o juiz poderá relaxá-la, se ilegal, conceder liberdade provisória ou, se presentes os requisitos, convertê-la em prisão preventiva.

Há também a prisão temporária, regulada pela Lei nº 7.960/89, cabível apenas na fase de inquérito policial por um prazo determinado (cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, ou trinta dias em caso de crimes hediondos), sendo a sua decretação restrita a um rol específico de crimes graves e condicionada à sua imprescindibilidade para as investigações.

Essas modalidades de custódia provisória são instrumentos de aplicação excepcional, sempre pautados pela estrita necessidade e adequação, e não devem ser confundidas com uma antecipação de pena. Sua existência tensiona, mas não anula, o princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Tanto a prisão em flagrante quanto a temporária possuem um caráter de urgência e finalidade específica, servindo como ferramentas para garantir que a apuração dos fatos e a eventual aplicação da lei penal não sejam frustradas pela ação do suspeito.

Neste complexo cenário, emerge a figura da prisão preventiva, a mais gravosa e controversa das medidas cautelares. Diferentemente das demais, ela não possui prazo pré definido em lei e pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou do processo criminal, desde que preenchidos seus rigorosos requisitos, previstos nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal (CPP), sua decretação exige, além do já mencionado *fumus comissi delicti*, a demonstração inequívoca do *periculum libertatis*, que se materializa na necessidade de garantia da ordem pública ou da ordem econômica, na conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator, de acordo com Távora (2017, p.931). Nesse sentido, é justamente sobre esta modalidade de custódia cautelar, suas controvérsias, especialmente em relação ao conceito aberto de “garantia da ordem pública”, e um problema específico de sua aplicação no Brasil que este artigo se debruçará.

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) (Lima, 2020, p. 1056).

Nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), 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 imputado.

Nesse sentido, o artigo 313 do CPP funciona como um filtro para a aplicação desta medida, estabelecendo que a regra geral permite a decretação da prisão em crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos, se o indivíduo for reincidente em crime doloso com condenação definitiva, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência, com o objetivo de garantir a eficácia de medidas protetivas de urgência. O artigo ainda prevê a possibilidade da prisão quando há dúvida sobre a identidade civil da pessoa, mas, por outro lado, veda expressamente a sua decretação se for evidente que o agente agiu amparado por uma causa excludente de ilicitude, como a legítima defesa.

Importa ressaltar, ademais, o imperativo disposto no §2º deste artigo, que veda expressamente a decretação da prisão preventiva com o intuito de antecipar o cumprimento de pena. Contudo, essa vedação legal, fundamental para a preservação da presunção de inocência, confronta-se com a realidade da praxe judicial brasileira e os alarmantes dados de superlotação carcerária, sugerindo um desvirtuamento da finalidade cautelar da medida.

Em relação ao objeto deste estudo, é crucial ressaltar que o Artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), mesmo após a modificação pela Lei nº 12.403/2011, preserva a prisão preventiva como garantia da ordem pública. No entanto, esta fundamentação é alvo de intensas críticas doutrinárias, que a consideram divergente do caráter instrumental das medidas cautelares e do princípio da estrita legalidade, dada a natureza imprecisa, ambígua, subjetiva e abrangente de seu significado.

Tourinho Filho, em uma crítica ao tema supramencionado, aduz que “Quando se decreta a prisão preventiva como garantia da ordem pública, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem pública” diz tudo e não diz nada” (Tourinho Filho, 2003, p. 509).

O autor em questão argumenta que a custódia preventiva lastreada na “preservação da ordem pública” entra em rota de colisão com a Constituição Federal, comprometendo o princípio da não culpabilidade. Para ele, essa justificativa se manifesta como uma disposição imprecisa, que na realidade efetiva uma clara e indevida antecipação da reprimenda penal.

A crítica em torno deste conceito relaciona-se com a natureza excepcional da aplicação da custódia cautelar, que consagra-se como um pilar da proteção aos direitos individuais. Por este motivo, a intervenção do Estado na liberdade do cidadão exige estrita observância do princípio da mínima intervenção, sendo tolerável apenas quando se configure um risco concreto e iminente de que o acusado venha a obstruir a instrução processual ou a furtar-se à incidência da lei penal.

No entanto, quando a prisão preventiva é decretada para a garantia da “ordem pública”, a subjetividade deste conceito abre margem para que o indivíduo

seja privado de sua liberdade por questões como a influência do clamor público, o abalo social ocasionado, a interferência negativa da mídia, e, principalmente, a discricionariedade judicial incontrolável, baseada nas crenças pessoais do julgador. Logo, em todos esses casos, a prisão perde a sua função puramente processual (cautelar), para se transformar numa medida de defesa social contra os acusados socialmente perigosos (Ferrajoli, 1995, p. 740).

Dante deste cenário, a prisão preventiva vêm sendo utilizada no Brasil como uma medida para satisfazer a opinião pública, que está em um incessante clamor por segurança, provocando uma falsa sensação de justiça instantânea aos cidadãos.

Nesse sentido, o capítulo a seguir discutirá os impactos desse cenário no sistema prisional.

IMPACTOS NO SISTEMA PRISIONAL E PRINCÍPIOS VIOLADOS

Conforme elucidado anteriormente, o conceito indefinido de “ordem pública” apresenta risco à proteção dos indivíduos contra os abusos de poder por parte do Estado, pois sua conceituação excessivamente ampla concede ao julgador um espaço interpretativo desmedido.

Nesse sentido, a decretação de prisões preventivas revela uma preocupante seletividade, cujos excessos do poder estatal incidem de forma desproporcional sobre os estratos sociais mais fragilizados. Observa-se que, na prática, as medidas cautelares tendem a recair primordialmente sobre a população em situação de vulnerabilidade, majoritariamente composta por indivíduos negros, de baixa escolaridade e oriundos de contextos socioeconômicos desfavorecidos, acentuando a marginalização e evidenciando um desequilíbrio na aplicação da justiça penal.

A seletividade do sistema penal pode ser demonstrada pelos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública. No ano de 2023, o Brasil figurava como o terceiro país com maior número de indivíduos privados de liberdade globalmente, registrando um contingente superior a 850 mil pessoas custodiadas em penitenciárias e demais dependências policiais, além das em regime de prisão domiciliar.

Segundo levantamentos do Sistema Nacional de Informações Penais (Sisdepen), a composição predominante da população carcerária brasileira é de indivíduos do sexo masculino (94,5%), jovens (60% com até 34 anos), de baixa escolaridade e oriundos de estratos socioeconômicos vulneráveis. Desse total, quase 70% são pessoas negras, o que denota uma marcante sobrerepresentação dessa etnia em comparação com a população geral. Notavelmente, registrou-se um incremento desproporcional no número de indivíduos negros aprisionados, quando contrastado com o aumento de pessoas não-negras encarceradas no mesmo período (ABSP, 2024).

A mesma pesquisa evidenciou ainda que cerca de um quarto dos indivíduos encarcerados no Sistema Penitenciário aguarda julgamento definitivo. Essa significativa parcela de presos provisórios (aproximadamente 24% da totalidade da população carcerária) exacerba as questões de superlotação nas unidades prisionais e contribui para a proliferação de violações aos direitos humanos.

Extrai-se desses dados que a alegada “garantia da ordem pública” incide de maneira desproporcional e violenta sobre os grupos já marginalizados, à medida que, para essa parcela da população, a prisão preventiva, longe de ser uma medida cautelar excepcional, transforma-se em um instrumento de controle social, antecipando a pena e aprofundando a exclusão, ao invés de tutelar a segurança jurídica, expondo a face discriminatória do sistema penal.

A pena deixa de perseguir fins preventivo-gerais (admite-se que não evita que outros cometam delitos, mas isso não interessa), nem especiais (também se admite que não evita que o autor cometa novos delitos, e tampouco isto importa), tendo apenas o objetivo de garantir o consenso, isto é, de contribuir para o equilíbrio do sistema (Zaffaroni, 1989, p. 87).

Assim, ao passo que a “garantia da ordem pública” se materializa em prisões preventivas massivas e precárias, ela revela uma face arcaica e seletiva do controle social. O que se impõe, sob o véu da urgência e da segurança, é uma reprodução de mecanismos punitivos que, como no passado, servem para reafirmar hierarquias e exercer uma “vingança coletiva” desproporcional, concentrada sobre aqueles que historicamente foram alvo da repressão, desconsiderando a complexidade social e as finalidades ressocializadoras que deveriam nortear o sistema.

Nesse sentido, quando se pretende legitimar o sistema penal pela afirmação que ele exerce a vingança coletiva, esquece-se que tal sistema não representa mais do que uma expressão histórica - claramente circunscrita no tempo e no espaço - daquela suposta necessidade. Na Idade Média até o século XIII, a maior parte dos conflitos entre as pessoas se resolvia nos marcos compensatórios. Quando as pessoas queriam se vingar, o faziam no interior desse sistema (Husman e Celis, 1993, p. 120).

Dante desse panorama alarmante, que expõe as distorções da “garantia da ordem pública” e seu impacto devastador sobre a população mais vulnerável, torna-se necessário analisar as profundas violações de princípios basilares que permeiam a aplicação da prisão preventiva. Tais práticas, ao desvirtuarem preceitos constitucionais, processuais penais e de direitos humanos, não apenas perpetuam a injustiça, mas comprometem a própria legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Em um regime democrático, a banalização da prisão preventiva é um problema grave que demonstra uma realidade onde os direitos fundamentais dos indivíduos são preteridos em nome de uma pretensa defesa social, o que nos remete a uma leitura do processo criminal típica dos regimes autoritários. [...] o instituto da prisão preventiva adere à lógica seletiva do sistema penal, [...] o fundamento da garantia da ordem pública, mantido na Nova Lei de Medidas Cautelares, possui relação com a banalização da prisão preventiva, sobretudo, nos casos envolvendo os indivíduos pertencentes aos estratos economicamente menos privilegiados da população (Silveira, 2015, p. 215).

No que tange às violações de preceitos basilares, na esfera constitucional, a aplicação da prisão preventiva baseada em um conceito vago e discricionário,

transgride, principalmente, o Princípio da Presunção de Inocência, disposto no Art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, à medida que corrompe o caráter cautelar da medida, transformando-a em uma indevida antecipação da pena a um indivíduo cuja culpa não foi legalmente comprovada.

Consequentemente, o Princípio da Liberdade (Art. 5º, XV e LXVI, CF/88) é severamente mitigado quando a prisão é decretada sem a devida justificação em um perigo real e específico à persecução penal. Essa ausência de critérios objetivos na fundamentação não apenas vulnera o Princípio da Proporcionalidade, ao legitimar intervenções estatais desnecessárias e inadequadas, mas também fragiliza o Princípio do Devido Processo Legal (Art. 5º, LIV, CF/88), à medida que a dificuldade de exercer controle judicial efetivo e de garantir a ampla defesa torna-se evidente frente a justificativas genéricas.

Não obstante, a aplicação seletiva da medida cautelar, que onera desproporcionalmente grupos já marginalizados, conforme evidenciam os dados supramencionados sobre a população carcerária, afronta de modo inequívoco o Princípio da Igualdade (Art. 5º, *caput* e I, CF/88), expondo uma alarmante assimetria na administração da justiça.

Sob a ótica dos preceitos estabelecidos no Código de Processo Penal, a fundamentação da prisão preventiva na “garantia da ordem pública” gera uma tensão direta com o Princípio da Legalidade Estrita (Arts. 312 e 313 do CPP), visto que a indeterminação conceitual desse termo facilita interpretações amplas que transcendem o propósito instrumental da custódia cautelar, descaracterizando os requisitos e os motivos legalmente delineados para sua decretação.

Outrossim, essa prática desconsidera o Princípio da Excepcionalidade da Prisão Cautelar (Art. 282, §6º, c/c Art. 312 do CPP), pois transforma uma medida que deveria ser *última ratio* em uma regra, preferindo a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no Art. 319 do CPP. Por fim, o emprego recorrente desse fundamento como expediente para mitigar pressões sociais e antecipar sanções penais representa ainda uma clara transgressão à expressa Vedaçāo da Antecipação de Pena (Art. 313, §2º, do CPP), distorcendo a natureza cautelar da prisão.

Em suma, este capítulo busca demonstrar que a invocação da “garantia da ordem pública” como fundamento para a prisão preventiva transcende o caráter cautelar da medida, impactando drasticamente o sistema prisional e gerando uma profusão de violações a princípios jurídicos fundamentais.

A análise dos dados e da doutrina revelou a alarmante seletividade do encarceramento provisório, que penaliza desproporcionalmente indivíduos em situação de vulnerabilidade e grupos historicamente marginalizados. Nesse sentido, a consequente superlotação carcerária, a antecipação de pena e a deturpação da finalidade da custódia cautelar evidenciam um sistema que, sob o manto de uma falsa sensação de segurança, sacrifica direitos basilares.

Resta evidente o entendimento de que a indeterminação do conceito de “ordem pública” não apenas flexibiliza o controle judicial e a ampla defesa, mas também

corrompe a própria presunção de inocência, a liberdade, a proporcionalidade, a igualdade e a legalidade estrita, transformando a exceção em regra e aproximando o processo penal de lógicas autoritárias.

Diante da constatação inequívoca de que essa subjetividade interpretativa compromete a integridade do devido processo legal e exacerba as desigualdades sociais, torna-se imprescindível aprofundar a discussão sobre as consequências sistêmicas. Neste viés, o próximo capítulo se dedicará a analisar como essa falta de clareza e previsibilidade na aplicação da prisão preventiva fomenta um cenário de insegurança jurídica, impactando não apenas os indivíduos diretamente atingidos, mas a própria confiança na justiça e a estabilidade do ordenamento jurídico.

INSEGURANÇA JURÍDICA E DESIGUALDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Diante da demonstrada amplitude de entendimentos do que se define por “garantia de ordem pública”, torna-se imprescindível a atuação dos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), na delimitação destes parâmetros de interpretação. Este controle é crucial para a prevenção de excessos e desvios de finalidade da medida cautelar.

Nesse diapasão, o presente artigo empreendeu uma análise de acórdãos e trechos de votos proferidos por ministros de ambas as cortes, com o objetivo de identificar os entendimentos consolidados pela jurisprudência acerca da “ordem pública” como pressuposto da prisão preventiva.

A jurisprudência do STJ é clara ao rechaçar prisões preventivas baseadas em argumentos vagos, como a fundamentação de gravidade abstrata do delito, em clamor público, ou em presunções, sendo necessária a demonstração de elementos concretos do caso que indiquem o *periculum libertatis*, conforme recentemente decidido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRAFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS (199g DE MACONHA, 16,5g DE COCAÍNA E 24,6g DE CRACK) EXCESSO DE FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. ILEGALIDADE MANIFESTA. REVOGAÇÃO. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. CONCESSÃO DA ORDEM. I. CASO EM EXAME 1. Habeas corpus impetrado em favor de Patrick Graciano de Souza Tavares e Yan Marcos de Paiva Xavier, cuja prisão preventiva foi decretada pela prática, em tese, dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06), com fundamento na garantia da ordem pública. Os custodiados foram presos em flagrante com entorpecentes, arma de fogo e rádios comunicadores. A defesa alega ausência de requisitos para a manutenção da custódia preventiva. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a prisão preventiva dos pacientes

está devidamente fundamentada conforme os requisitos do art. 312 do CPP; (ii) analisar se a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão seria suficiente para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. A prisão preventiva deve ser decretada apenas em casos excepcionais, quando demonstrada a necessidade de garantir a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, conforme art. 312 do CPP. 4. A decisão que decreta a prisão preventiva, no caso, utiliza fundamentação genérica e baseada em elementos abstratos, como a gravidade do crime e o envolvimento em facção criminosa, sem demonstração concreta e individualizada dos requisitos exigidos. Verifico, ainda, a pequena quantidade de droga apreendida (199g de maconha, 16,5g de cocaína e 24,6g de crack). 5. A prisão preventiva não pode ser utilizada como antecipação da pena ou com base em presunções abstratas sobre a periculosidade dos réus, em observância ao art. 283 do CPP e à jurisprudência do STF. 6. A existência de alternativas menos gravosas à prisão, como as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, torna desproporcional a manutenção da custódia cautelar, especialmente no caso de réu primário e com indícios não suficientes de periculosidade elevada. 7. A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, como comparecimento periódico em juízo, proibição de frequentar determinados locais e de manter contato com co-investigados, é suficiente e proporcional às circunstâncias do caso. IV. DISPOSITIVO E TESE 8. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva dos pacientes, com a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

(STJ - HC: 859780 RJ 2023/0364548-1, Relator: Ministra DANIELA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 27/11/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2024.)

Na decisão proferida pela Ministra Daniela Teixeira, a prisão foi revogada por se basear em fundamentações genéricas, sendo destacada a excepcionalidade de decretação da medida, que não pode ser utilizada como antecipação da pena ou com base em presunções abstratas sobre a periculosidade do réu.

Já em outros casos, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que maus antecedentes, reincidência ou mesmo a existência de outras ações penais ou inquéritos em curso justificam a imposição da prisão cautelar como forma de evitar a reiteração delitiva e, assim, garantir a ordem pública.

A título de exemplo, colaciona-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE SOCIAL. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL

DESPROVIDO. 1. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ. 2. No caso, o celular de um adolescente envolvido em um assassinato foi apreendido e, após a perícia, constatou-se que ele estava envolvido no tráfico de drogas na cidade, sendo identificadas conversas com o agravante sobre a contabilidade e venda dos entorpecentes e com membros da facção criminosa PCC. 3. Nesse contexto, ao contrário do que alega a defesa, a prisão preventiva do agravante não foi decretada para aprofundar as investigações, mas sim para garantir a ordem pública, em razão da periculosidade social do agente, evidenciada pelo risco efetivo de reiteração delitiva, pois o réu ostenta registros em sua ficha criminal pelos crimes de tráfico de drogas, porte ilegal de arma de fogo e homicídio. 4. Nesse sentido, “como sedimentado em farta jurisprudência desta Corte, maus antecedentes, reincidência ou até mesmo outras ações penais ou inquéritos em curso justificam a imposição de segregação cautelar como forma de evitar a reiteração delitiva e, assim, garantir a ordem pública” (RHC n. 156.048/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe 18/02/2022). 5. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstante a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. 6. Ademais, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal são insuficientes para a consecução do efeito almejado. Ou seja, tendo sido exposta de forma fundamentada e concreta a necessidade da prisão, revela-se incabível sua substituição por outras medidas cautelares mais brandas. 7. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no HC: 862289 SP 2023/0377901-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 28/11/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2023).

A decisão supramencionada se baseia na garantia da “ordem pública”, em razão da periculosidade do agente, eis que “maus antecedentes, reincidência ou até mesmo outras ações penais ou inquéritos em curso justificam a imposição de segregação cautelar como forma de evitar a reiteração delitiva e, assim, garantir a ordem pública” (RHC n. 156.048/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe 18/02/2022”).

Observa-se, portanto, uma tensão paradoxal na própria construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Isto porque, essa abordagem, que

visa a prevenir uma suposta reiteração delitiva e, consequentemente, garantir a ordem pública, padece de uma fragilidade argumentativa: a mera existência de registros processuais anteriores não constitui, por si só, prova inequívoca de que o acusado representará um risco iminente e concreto à sociedade.

Destarte, a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional. Cabe ao técnico a frieza necessária no enfrentamento dos fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa desaguar na punição adequada, o que só então permitirá a segregação. Caso contrário, estaríamos antecipando a pena, em verdadeira execução provisória, ferindo de morte a presunção de inocência (Távora, 2017, p. 933).

Ou seja, não é possível autorizar a prisão com argumentos que possam encaixar-se em qualquer caso, abstratos, sem conexão com o caso específico em análise, mas com argumentos que diferenciem o crime que enseja a prisão dos demais da mesma espécie (Brasil, STF, RHC 192979 AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 08/08/2022, DJe de 15/08/2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/>).

Neste viés, o STF busca delimitar o conceito deste abrangente termo com base na gravidade em concreto do crime, a periculosidade do agente ou a fundada probabilidade de reiteração delitiva, que constituem fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva, como se observa no seguinte julgado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A quantidade de droga, a natureza dos entorpecentes e o contexto em que verificada a prática do crime sinalizam a gravidade concreta da conduta, ensejando a prisão para fins de garantia da ordem pública. Precedentes. 2. A existência de registro de procedimentos investigatórios ou ações penais em desfavor do réu são motivos idôneos para a decretação da prisão preventiva, pois indicam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delituosa. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
(STF - HC: 218863 SP, Relator: ANDRÉ MENDONÇA, Data de Julgamento: 22/02/2023, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 27-02-2023 PUBLIC 28-02-2023).

Nota-se mais um empenho de tentar pacificar o entendimento do que se define por “ordem pública”, no entanto, encontram-se mais divergências nas decisões do próprio tribunal, eis que para o STF, é indispensável a contemporaneidade dos fatos. Portanto, a prisão preventiva não se justifica se decretada muito tempo após a prática do delito, sem que haja fatos novos que demonstrem a permanência do risco à ordem pública (Brasil, 2024).

A contradição entre os requisitos supracitados é evidente, à medida que a reincidência e os antecedentes são, por definição, fatos pretéritos, e não demonstram

necessariamente um risco atual. Logo, ao permitir que o histórico do réu justifique a prisão preventiva, a jurisprudência utiliza o passado para presumir um *periculum libertatis* no presente.

Essa prática colide frontalmente com a própria exigência de contemporaneidade, pois presume-se, sem base concreta, que um réu com histórico criminal esteja, necessariamente, praticando crimes na atualidade ou que seu passado, por si só, represente um risco imediato à ordem pública.

Nesse sentido, o HC 137. 728/PR demonstra a divergência de ambas as definições, visto que a Segunda Turma do STF concedeu a ordem para substituir a prisão preventiva de um paciente por medidas cautelares diversas, mesmo diante da alegação de risco de reiteração delitiva.

Diante da análise dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), nota-se uma tentativa jurisprudencial de delimitar o conceito de “ordem pública”. Ocorre que, na prática, a aplicação da prisão preventiva ainda carece de uniformidade, eis que a identificação destes requisitos torna-se uma árdua tarefa, que permanece sujeita à discricionariedade de cada julgador.

Este cenário reforça a necessidade de um controle hermenêutico mais rigoroso pelas cortes superiores, para que, no exercício de sua função uniformizadora, estabeleçam balizas objetivas e vinculantes que restrinjam a discricionariedade judicial. Em suma, é fundamental que os julgamentos observem estritamente os critérios legais, garantindo que a análise de cada caso individual seja concreta e atual, a fim de evitar arbitrariedades e resgatar o caráter excepcional da prisão preventiva, assegurando a eficácia do princípio da presunção de inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo dedicou-se a analisar a problemática central que envolve a decretação da prisão preventiva no Brasil, especificamente sob o fundamento da “garantia da ordem pública”, e seus reflexos na segurança jurídica e na isonomia processual. A pesquisa demonstrou que a prisão cautelar, concebida constitucionalmente como medida de exceção, sofreu um processo de banalização na prática forense.

Em resposta ao problema de pesquisa, conclui-se que a ausência de parâmetros objetivos para a definição de ‘ordem pública’ gera, de fato, profunda insegurança jurídica e desigualdade.

Os resultados da análise doutrinária e jurisprudencial evidenciam que a indeterminação conceitual da “ordem pública” confere ao julgador uma margem de discricionariedade excessiva. Essa abertura semântica permite que a medida constitutiva seja fundamentada em argumentos genéricos, sem a demonstração necessária de perigo concreto e atual à persecução penal.

Consequentemente, a oscilação das decisões judiciais, sujeitas ao subjetivismo de cada magistrado, subordina o cidadão a critérios instáveis. Essa imprevisibilidade afeta a credibilidade das instituições estatais e compromete a

A insegurança jurídica gerada tem consequências sistêmicas graves, manifestadas em dois pilares.

O primeiro são as violações sistemáticas de princípios como a presunção de inocência, a legalidade estrita, o devido processo legal e a proporcionalidade. A medida, que deveria ser *ultima ratio*, transforma-se em regra, desvirtuando sua finalidade cautelar para se tornar uma antecipação de pena.

O segundo refere-se à abertura conceitual que atua como vetor de seletividade penal, permitindo que o rigor da lei recaia desproporcionalmente sobre grupos socialmente vulneráveis (predominantemente jovens, negros e de baixa escolaridade). Isso agrava diretamente a crise estrutural do sistema penitenciário brasileiro, contribuindo para a superlotação, a precariedade e a violação sistemática de direitos humanos.

Nesse sentido, a fim de resgatar a legitimidade do sistema de justiça criminal, é imprescindível que ocorra uma reformulação hermenêutica que imponha balizas objetivas e restritivas à decretação da prisão preventiva, vinculando-a estreitamente à proteção do processo e afastando definitivamente seu uso como ferramenta de punição antecipada ou higienismo social. Conclui-se que, somente através da observância rigorosa das garantias constitucionais, será possível transitar de um modelo de justiça seletivo e autoritário para um que efetivamente concretize os ideais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABSP. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 862289 SP (2023/0377901-6)**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28 de novembro de 2023, DJe de 01 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 859780 RJ (2023/0364548-1)**. Relatora: Min. Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 27 de novembro de 2024, DJe de 04 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 156.048/SC**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15 de fevereiro de 2022, DJe de 18 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso em Habeas Corpus n. 192979 AgR**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 08 de agosto de 2022, DJe de 15 ago. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 137728 PR (0058755-69.2016.1.00.0000)**. Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 02 de maio de 2017, DJe n. 250, de 31 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 173049 RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 09 de abril de 2024, DJe de 06 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 218863 SP**. Relator: Min. André Mendonça, Segunda Turma, julgado em 22 de fevereiro de 2023, DJe n. 35, de 28 fev. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. Ed. JusPodivm. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001