

# UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS REQUISITOS QUE LEGITIMAM A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

## A CRITICAL ANALYSIS OF THE REQUIREMENTS THAT LEGITIMATE PUBLIC ORDER AS THE FOUNDATION OF PREVENTIVE DETENTION

Guilherme Salvador Banzato Facco<sup>1</sup> Raissa de Cavassin Milanezi<sup>2</sup>

O artigo em tela analisará os requisitos manejados pela jurisprudência e pela doutrina para embasar a prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública. Sabe-se que a ordem pública é muito questionada por parte da doutrina, por ser uma expressão muito genérica, o que permite, por parte dos operadores do direito, o uso indevido e alargado do instituto. Para tanto, serão apreciados os seguintes requisitos comumente utilizados para justificar a adequação do conceito de ordem pública: 1) A gravidade (abstrata e concreta); 2) clamor social; 3) credibilidade da justiça; 4) periculosidade; 5) reincidência; 6) risco de reiteração. Será analisado se esses fundamentos possuem ou não natureza cautelar - fundamento básico e essencial para legitimar a prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio. Ao final, concluiu-se que a expressão ordem pública é extremamente aberta, o que acarreta em prisões desnecessárias, bem como que os requisitos citados acima não gozam de cautelaridade, exceto o risco de reiteração.

**Palavras-Chave:** Requisitos da Prisão Preventiva; Ordem Pública; Cautelaridade.

The article in question will analyze the requirements used for the jurisprudence and doctrine to justify the provisional arrest based on the guarantee of public order. It is known that public order is very much questioned by the doctrine, because as it is a generic expression, which allows, by the operators of the law, the misuse of the institute. Therefore, will be analyzed the following requirements commonly used to justify the adequacy of the concept of public order: 1) The gravity (abstract and concrete); 2) social outcry; 3) credibility of justice; 4) dangerousness; 5) recidivism; 6) risk of reiteration. It will be analyzed whether these basis have a precautionary nature or not – a basic and essential ground to legitimize preventive detention in the Brazilian legal system. In conclusion, the expression public order is extremely generic, which leads to unnecessary arrests, as well as that the requirements mentioned above do not have precautionary, except the risk of reiteration.

**Keywords:** Preventive Arrest's Requirements; Public Order; Precautionary.

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST e em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR e pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogado sócio do escritório Facco, França e Trento advocacia. E-MAIL: g.facco@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-9881-1298. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0802520734850257>.

<sup>2</sup> Pós-graduada em Ciências Criminais, pós-graduanda em Direito, Tecnologia e Inovação com ênfase em Proteção de Dados. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogada no escritório Cavassin Milanezi Advocacia. E-MAIL: raissadcm@gmail.com. ORCID: 0000-0003-1108-8266. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7079660890731850>.

## INTRODUÇÃO

Conforme consta no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro a "ordem pública" constitui um dos requisitos para decretação da prisão preventiva. Contudo, o conceito de "ordem pública" é comumente discutido na doutrina e alguns operadores do Direito chegam a afirmar que a utilização da ordem pública como fundamento da prisão preventiva é inconstitucional, mas a jurisprudência majoritária rechaça tal argumento.

A discussão ocorre, em síntese, porque a expressão ordem pública é extremamente aberta e diversas prisões são decretadas com base em tal requisito, o que certamente leva à banalização do instituto. Assim, o objetivo do presente artigo é o de analisar alguns dos requisitos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para embasar o decreto preventivo com base na garantia da ordem pública.

Os requisitos usualmente utilizados para defesa da ordem pública, segundo análise feita a partir da leitura de entendimentos jurisprudências e doutrinários são os seguintes: 1) a gravidade, que se divide em abstrata e concreta; 2) o clamor social; 3) a credibilidade da justiça; 4) a periculosidade; 5) a reincidência e 6) o risco de reiteração.

O presente artigo verificará se os fundamentos expostos acima são compatíveis com a natureza da prisão preventiva, ou seja, se possuem natureza cautelar.

### 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um instituto presente no ordenamento processual penal de diversos países, incluindo o Brasil, e tem por finalidade a cautela. Desse modo, estamos diante do primeiro problema: o que especificamente a prisão preventiva visa cautelar?

Para uma corrente, que tem como expoente Aury Lopes Júnior, a prisão provisória busca tutelar unicamente o processo, possuindo somente caráter instrumental processual.

Para outros autores, como Chemim Guimarães, a prisão preventiva não poderia ter um caráter unicamente instrumental, devendo também cumprir o princípio da vedação da proteção insuficiente. Esta ideia pressupõe que as prisões cautelares não estão voltadas somente para o processo, mas também pretendem proteger bens essenciais para a humanidade como, por exemplo, a vida humana e a dignidade sexual.

Parte da doutrina entende que a prisão preventiva é ilegítima e nunca deve ser usada. Nesse sentido, tem-se como expoente Ferrajoli, que sustenta que "toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio" (FERRAJOLI, 2014, p. 511).

Independente de qual concepção adotada, o requisito "ordem pública" sofre inúmeras críticas, mesmo para aqueles que legitimam a prisão preventiva e acham ela necessária. Isso ocorre porque a definição de "ordem pública" é utilizada de maneira muito ampla e se faz necessário adotar um critério mais restritivo, especialmente para os casos em que a prisão é fundamentada com base na reiteração delitiva, gravidade em concreto ou periculosidade do agente.

Inclusive, alguns estudiosos, como por exemplo, Felipe Lazzari da Silveira, sustentam a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública. O principal fundamento é de que ela é antidemocrática, tendo em vista que remonta ao nazifascismo, quando se buscava uma autorização geral e aberta para prender. Também sustentam que é um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer significado semântico.

Nessa perspectiva, a garantia da ordem pública é desprovida de natureza cautelar, sendo que é uma medida tipicamente de polícia, usada como uma forma de garantir a segurança pública, posição doutrinária que tem como expoente Lopes Junior e Tavares. Outrossim, a decisão que reconhece o dano à ordem pública não utiliza os dados objetivos definidos pelo legislador, é simplesmente uma opção política do julgador.

Ainda que o presente artigo não tenha por objetivo analisar a inconstitucionalidade do decreto preventivo para fins de garantir a ordem pública, mas sim de apreciar os requisitos que preenchem esse conceito vago e verificar se eles possuem natureza cautelar, importante trazer à baila que para aqueles que sustentam a inconstitucionalidade desse instituto tem-se a afirmação de que é inadmissível no Estado Democrático de Direito prender alguém, por tempo indeterminado, apenas com indícios de autoria e com base em uma expressão genérica.

Ainda, para aqueles que defendem a inconstitucionalidade, o principal argumento é que o instituto também ofende o princípio da taxatividade, desdobramento do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para outros doutrinadores (e.g. Leonardi), embora o conceito de ordem pública seja extremamente vago e genérico, tal requisito não ofende o princípio da legalidade, uma vez que o julgador delimita, no caso concreto, o significado dessa expressão.

Contudo, tal argumento é frágil, porque o primado da taxatividade impõe ao legislador, e não ao julgador, o uso de conceitos e expressões mais certas, precisas e determinadas.

Ora, o legislador não pode conceder o poder de dizer o que é ou não ordem pública ao Judiciário, e, no momento de criação da norma, devem-se adotar

conceitos, expressões e palavras que sejam menos vagas possíveis, até mesmo para evitar eventual abuso de poder por parte do Estado, conforme entendimento de Silveira.

De acordo com o levantamento feito por Rubens Casara, a maioria dos julgadores criminais brasileiros são adeptos do discurso da defesa social e defendem a própria atuação como o de agentes garantidores da segurança pública. Em pesquisa realizada com 27 (vinte e sete) juízes criminais que atuam na Comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro, constatou que das 25 (vinte e cinco) pessoas que responderam ao questionário se levavam em consideração a segurança pública ao decidirem, 21 (vinte e uma) disseram que "sim" a essa questão (CASARA, 2015, p. 208). Na prática, tem-se que essa postura conduz ao fato de que tais julgadores usam de forma mais elástica o conceito de ordem pública, elevando o número de pessoas presas preventivamente.

Faticamente é possível observar que diversas decisões de prisão preventiva são fundamentadas na ordem pública. Porém, a fundamentação utilizada é tão somente para preencher a expressão com discursos retóricos e normalmente voltadas para a ideologia da defesa social e para o combate à criminalidade, uma vez que a amplitude de tal expressão permite a utilização de tais discursos evasivos.

## **2 A PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E OS REQUISITOS QUE A LEGITIMAM**

Neste capítulo, serão analisados os requisitos mais utilizados pela jurisprudência e pela doutrina para definir o genérico conceito de ordem pública, bem como verificar se tais requisitos possuem ou não natureza cautelar.

### **2.1 A GRAVIDADE**

Os Tribunais brasileiros costumam dividir a gravidade entre gravidade abstrata e concreta, sendo admitido como fundamento da ordem pública somente a gravidade concreta, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Primeiramente, a divisão da gravidade em abstrata e concreta é uma questão de retórica. A rigor, todo delito é grave, abstrata e concretamente, caso contrário não seria crime, em razão do princípio da intervenção mínima, que também é imperativo na fase legislativa.

Sempre é possível encontrar fundamento para legitimar a gravidade em concreto do delito, principalmente nos casos de crimes mais violentos, como, por exemplo, homicídio doloso, estupro, estupro de vulnerável, roubo. Encontram-se os seguintes

argumentos: o modus operandi demonstra a gravidade concreta da ação; o delito foi praticado à luz do dia, diante dos olhares de várias pessoas; a forma como o crime foi cometido demonstra a frieza do acusado configurando a gravidade concreta do delito; a quantidade de droga apreendida demonstra a gravidade concreta do delito.

Portanto, a diferença entre a gravidade abstrata e concreta, será a criatividade do julgador para "fundamentar" o decreto preventivo com base na gravidade em concreto do delito. A gravidade, seja ela qual for, não é uma medida cautelar, mas sim um juízo de mérito, de condenação e de reprovação, que deve ser afastado na ocasião da fundamentação da prisão.

Aquilo que a jurisprudência chama de "gravidade concreta", nada mais é do que uma condenação antecipada, uma censura e uma reprovação, que poderia ser usada na dosimetria da pena, no quesito culpabilidade, mas não como fundamento para a prisão provisória, tendo em vista que é despida de qualquer cautelaridade.

A gravidade, seja ela abstrata ou concreta, é fundamento inidôneo para fundamentar a prisão preventiva como garantia da ordem pública, haja vista a ausência de pressupostos cautelares, configurando uma medida de pena antecipada, bem como uma reprovação e censura antecipadas.

### **2.2 O CLAMOR SOCIAL**

O clamor social, o clamor público ou a repercussão social do delito, embora seja rechaçado pelos Tribunais Superiores, ainda pode ser encontrado nos Tribunais brasileiros como sendo um dos fundamentos para a prisão preventiva como garantia da ordem pública.

A ideia de prender alguém para acalmar o sentimento social ou comunitário decorrentes da prática do delito, embasa o fundamento do clamor social/público. Entretanto, o Poder Judiciário não foi feito para atender aos anseios sociais, caso contrário, não precisaria do Poder Público Estatal e a sociedade agiria conforme a própria vontade.

A prisão cautelar não deve se pautar na vontade popular, que muitas vezes é influenciada pelos meios de comunicação.

Quando a prisão tem como fundamento o clamor público pautado nas justificativas evidenciadas acima, tem-se que o instituto em tela é utilizado com a finalidade de agradar a população, o que é totalmente inadmissível no Estado Democrático de Direito.

A prisão preventiva decretada para satisfação do clamor social representa verdadeira antecipação de pena, violando, obviamente, a presunção de inocência. Não bastasse isso, a vontade de aclamar o clamor público está ligada com as funções da pena, quais sejam, prevenção e retribuição (LOPES JÚNIOR). Tanto

esta como aquela são fundamentos exclusivos da pena criminal, não tendo qualquer relação com a natureza cautelar da prisão preventiva, conforme entendimento de Silveira.

Vejamos o entendimento de Aury Lopes Júnior:

“é inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 842)

Portanto utilizar o clamor social, por vezes também definido como clamor público ou a repercussão social, para embasar o decreto preventivo para garantir a ordem pública, é incompatível com os fins cautelares da prisão em comento.

### 2.3 A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA

De igual forma, a credibilidade da justiça é comumente utilizada como fundamento para garantir a ordem pública na ocasião em que a prisão preventiva é decretada e isso acontece mesmo com o entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de que a motivação é inidônea.

O conceito de credibilidade da justiça está atrelado ao fato de que prender provisoriamente alguém ajuda a manter a imagem de uma justiça eficiente perante a sociedade de um modo geral.

Claramente visa reforçar a confiança da população no sistema de Justiça Estatal, para evitar reações privadas à ocorrência do delito. Assim como no clamor social, quando tal fundamentação é utilizada, tem-se o Poder Judiciário utilizado com o fito de agradar o senso comum, olvidando-se que, em boa parte das decisões criminais, o Judiciário irá adotar posições contramajoritárias.

Nota-se que através do conceito de credibilidade da justiça, é possível prender o acusado em qualquer Ação Penal, tendo em vista que em todos os processos a justiça deve ser “confiável”, conforme explanado por Choukr. Obviamente, não se trata de uma decisão cautelar, mas apenas de um argumento para reforçar o Poder Judiciário e banalizar o instituto da prisão preventiva.

Sobre o fundamento da credibilidade da justiça, “configura uma distorção na utilização do instrumento, uma vez que as instituições públicas dificilmente poderão ser ameaçadas por um crime cometido por um civil” (SILVEIRA, 2015, p. 16).

Assiste razão ao autor, haja vista que as prisões não foram destinadas para garantir a credibilidade do Poder Judiciário, assim como essa

instituição não é frágil a ponto de precisar da prisão de alguém para ter credibilidade.

Ainda, é preocupante do ponto de vista das conquistas democráticas a crença de que as instituições jurídicas dependem das pessoas, pois “quando os poderes públicos precisam lançar mão das prisões para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policalesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 114).

De acordo com Guilherme Madeira, o argumento de credibilidade da justiça para fundamentar a ordem pública é inaceitável, pois a liberdade ou a prisão de alguém não tem o condão de afetar a credibilidade da justiça, posto que a credibilidade vem da própria aplicação da norma constitucional e infraconstitucional.

Dessa forma, resta demonstrado que o argumento da credibilidade da justiça não é compatível com a cautelaridade das prisões preventivas.

### 2.4 A PERICULOSIDADE

A periculosidade do agente também é motivação comumente utilizada para prender alguém preventivamente em nome da garantia da ordem pública. O termo periculosidade é muito utilizado por diversos julgadores no decreto preventivo e refere-se à assunção de reconhecer o acusado como uma pessoa perigosa. Contudo, quando isso ocorre, existe uma presunção de periculosidade que acaba transformando a prisão cautelar em uma medida de segurança pública – entendimento de Choukr e Lopes Júnior.

Ao utilizar a periculosidade para prender provisoriamente alguém, fica nítido que o julgador adota o discurso da defesa social, com uma visão maniqueísta, em que coloca de um lado o “cidadão de bem, pessoa normal, mocinho”, e de outro o “bandido, vilão, a pessoa perigosa”, sendo este apto a causar abalo na ordem social.

Trata-se de Direito Penal de autor, ou seja, situação em que a pessoa é punida ou presa provisoriamente pelo que ela é, e não pelo que ela fez. Olha-se para o indivíduo, e não para o fato, já que “este direito penal supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 131).

A periculosidade está ligada com a ideia de defesa social, que teve seu auge na segunda metade do século XIX, tendo Lombroso como o principal expoente, momento em que foram criados modelos penais behavioristas e antissecularizados. Na esteira das doutrinas da defesa social, além da legalidade e da ofensa concreta aos bens jurídicos, o desvio se qualifica pelo caráter imoral e antissocial da conduta (CARVALHO, 2015, p. 207).

Observa-se que tal modelo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que se trata de um Direito Penal de autor, próprio de ditaduras, bem como há um desprezo pelos direitos e garantias fundamentais do cidadão conquistadas ao longo da secularização, tão enfatizada na época das luzes, preponderando o discurso da periculosidade e do combate ao inimigo social.

Por fim, ressalta-se que a periculosidade pode ser fundamento para medidas de segurança, mas não para penas e nem para prisões preventivas, conforme entendimento de Cirino dos Santos.

Conclui-se que o uso da periculosidade como fundamento das prisões cautelares é indevido, haja vista a ausência de pressupostos cautelares.

## 2.5 A REINCIDÊNCIA

Na legislação brasileira, a reincidência traz uma série de consequências negativas para o acusado e para o apenado, sendo a principal delas a agravante prevista no artigo 63 do Código Penal. No processo Penal, é comum notar a reincidência como fundamento para o decreto preventivo visando garantir a ordem pública.

Observa-se que o instituto da reincidência remete a um Direito Penal de autor, uma vez que é verificado o passado do agente, ou seja, olha-se para o que ele é, e não para o fato em si. É um status pessoal (GIAMBERARDINO; ZILIO, 2014, p. 115), uma etiqueta imposta na pessoa e que, em algum momento posterior, pode ser usada de forma desfavorável à pessoa rotulada, reforçando o caráter de Direito Penal de autor que o instituto possui.

Assim sendo, segundo André Giamberardino e Jacson Zilio, "a agravação da pena por conta de condenações anteriores somente se sustenta, em termos de justificação, quando operamos, abertamente, em um modelo de direito penal de autor" (GIAMBERARDINO; ZILIO, 2014, p. 117).

Também está muito atrelada com a periculosidade, pois prende-se alguém que teve condenações criminais passadas, passando a ser visto como uma pessoa perigosa para o meio social, que poderá praticar novos delitos.

Dentro do contexto processual penal e, seguindo esse mesmo raciocínio, é inconcebível que se prenda preventivamente alguém com base no seu passado ou em ações passadas que não guardam nenhuma relação com o fato atual.

O agravamento da pena, ou a prisão provisória pela reincidência, parte da ideia de que a repetição do delito indica um grau de perigo, motivada por circunstâncias psicológicas ou sociais (GIAMBERARDINO; ZILIO, 2014, p. 117).

A reincidência é muito criticada por parte da doutrina. Para Salo de Carvalho, por exemplo, é

inconstitucional porque apresenta "contradição lógica com o princípio da proibição da dupla incriminação (ne bis in idem) (CARVALHO, 2015, p. 397).

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, "esta institución no sólo es incompatible com la Constitución, sino también com la civilización" (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 774).

Cirino sustenta que a reincidência demonstra a "falha do projeto técnico-corretivo da prisão". Para Tavares, a reincidência fere a dignidade da pessoa humana, uma vez que ela impede "a elaboração de normas discriminatórias, que tratem desigualmente autores primários e reincidentes (...)". Rodrigo Duque Estrada Roig argumenta que esse instituto é pautado no imaginário positivista "presente em nossos Tribunais, que possui caráter eminentemente neutralizador do indivíduo e defensivo social, que transcende o sistema penal e propõe a eliminação de toda e qualquer ameaça à ordem jurídica" (ROIG, 2015, p. 193).

Todas essas críticas ao instituto da reincidência são plausíveis, bem fundamentadas e coerentes. Embora o foco de todas essas considerações seja sobre a agravante, elas também são válidas para os demais efeitos que a reincidência provoca no ordenamento jurídico como, por exemplo, a prisão preventiva como garantia da ordem pública pelo fato do acusado ser reincidente.

Tanto a reincidência como os antecedentes criminais violam o direito ao esquecimento que o acusado possui. Esses institutos estão voltados para o passado, ou seja, pelas condenações pretéritas.

O direito ao esquecimento não está expressamente previsto na legislação brasileira, mas é possível encontrá-lo implicitamente dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, III da Constituição brasileira.

Esse direito pretende preservar a proteção do passado, ou seja, é o direito de deixar de ser lembrado por uma ou várias condutas ou fatos pretéritos, que de alguma forma devem ser esquecidos.

Nota-se que a discussão relativa ao direito ao esquecimento é recente e foi trazida na 6ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, precisamente em seu enunciado 531 (MACHADO DA LUZ, 2019, p. 87-89).

Embora tenha surgido no Direito Civil, é possível aplicar o direito ao esquecimento dentro da esfera criminal, especificamente no que tange à reincidência e aos antecedentes criminais.

A pessoa que terminou de cumprir a pena criminal tem o direito de que esqueçam de que algum dia ela esteve em débito com a justiça penal. Portanto, a reincidência, bem como os antecedentes criminais, violam a dignidade da pessoa humana e não devem ser utilizados.

Desse modo, conclui-se que a reincidência não possui natureza cautelar, não configurando um requisito

adequado para a prisão preventiva como garantia da ordem pública.

## 2.6 O RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA

O risco de reiteração delitiva é um dos requisitos mais usados pelos Tribunais brasileiros para o decreto preventivo pautado na garantia da ordem pública.

Diferente da reincidência e dos antecedentes criminais, que estão voltados para o passado, o risco de reiteração visa o futuro, ou seja, prende-se cautelarmente alguém para evitar que a pessoa pratique novos delitos.

A princípio, o risco de reiteração delitiva possui natureza cautelar, tendo em vista que é possível prender preventivamente alguém para evitar a prática de novos delitos: "se trata de uma detenção por uma suspeita não provada, tanto no que diz respeito ao fato punível cometido quanto ao que ainda se espera que seja cometido" (GOMES SILVA; CHAVES JUNIOR, 2020, p. 15).

Ocorre que esse requisito apresenta problemas, bem como é muito deturpado pelos Tribunais.

Primeiramente, nota-se que o decreto preventivo para garantir a ordem pública fundamentado no risco de reiteração delitiva por parte do segregado, está ligado a uma função de polícia do poder público, e não ao processo penal e seu objetivo, conforme entendimento de Aury Lopes Júnior. Segundo o autor, o risco de reiteração criminosa está voltado para o futuro, sendo impossível fazer tal previsão, salvo se o julgador tiver bola de cristal.

Além disso, remete-se a uma presunção de que a pessoa irá praticar novos delitos, sendo inaceitável, haja vista que a única presunção aceita no processo penal é a de inocência, que permanece intacta em relação a fatos futuros.

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Júnior explica que a prisão preventiva decretada com base no argumento de perigo de reiteração reflete o anseio mítico do Direito Penal do futuro:

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 o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal (...) (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 845).

Também é possível verificar uma distorção do conceito de risco de reiteração, uma vez que é confundido com a reincidência. São institutos diferentes. O primeiro é voltado para o futuro e o segundo para o passado.

Em muitas decisões é possível perceber que, com base no passado (reincidência e antecedentes criminais), prende-se provisoriamente alguém para garantir a ordem pública e evitar a reiteração delitiva.

O fato de alguém ter praticado delitos no passado, tendo sido condenado e já ter cumprido a pena, não significa que irá cometer novos crimes. A presunção de que a pessoa reincidente e que possui antecedentes irá praticar futuros delitos é inaceitável, violando, obviamente, a presunção de inocência, que deve ser aplicada para todos os acusados, inclusive para os reincidentes e aqueles que possuem antecedentes criminais.

Ademais, conforme já exposto, a reincidência é um instituto obsoleto, arcaico, de Direito Penal de autor e incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, o requisito risco de reiteração delitiva possui, de certa forma, natureza cautelar, mas não deve ser utilizado, tendo em vista que é indemonstrável.

## CONCLUSÃO

O requisito para a prisão preventiva "ordem pública" é alvo de controvérsias entre os estudiosos e operadores do processo penal, conforme exposto ao longo do presente trabalho.

Por ser uma expressão excessivamente aberta, é possível encontrar vários argumentos que a justificam, o que legitima o fundamento da sua inconstitucionalidade, haja vista que afronta a legalidade.

Ao longo do trabalho, foram analisados os requisitos comumente usados na jurisprudência e na doutrina para preencher o vazio do jargão "ordem pública". Dentre eles está: 1) a gravidade (abstrata e concreta); 2) o clamor social; 3) a credibilidade da justiça; 4) a periculosidade; 5) a reincidência; 6) o risco de reiteração.

Contudo, observou-se que a utilização da prisão cautelar com fundamento na ordem pública é utilizada de maneira genérica, o que comprova o autoritarismo do sistema penal vigente. Ainda que o

Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido o sistema carcerário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional (ADOF 347, STF), continua deliberadamente prendendo pessoas para produção de corpos úteis e doces.

Dos requisitos analisados, apenas o risco de reiteração pode ter natureza cautelar. Os demais são utilizados de forma equivocada, como se fosse uma punição antecipada, medidas de polícia, de segurança pública e de direito e processo penal de autor, o que comprova que o instituto da prisão preventiva é comumente deturpado e na maioria das vezes não é utilizado de forma cautelar.

Em relação ao requisito risco de reiteração, embora possa ter natureza cautelar, apresenta alguns problemas, sendo o principal deles a sua indemonstrabilidade. Assim, em que pese a reiteração delitiva possa ter natureza cautelar, na prática ela é de difícil aplicação, visto que o julgador não tem a capacidade de fazer exercício de futurologia (LOPES JUNIOR, 2013, p. 115).

Em razão do que foi analisado, conclui-se que é impossível prender alguém preventivamente para garantir a ordem pública, tendo em vista que o único requisito (risco de reiteração) que pode ser usado como medida cautelar é indemonstrável.

No que se refere à prisão preventiva de um modo geral, ainda é possível encontrar críticas pela falta de um prazo peremptório para o seu término e alguns limites como, por exemplo, a possibilidade de ser utilizada somente para delitos mais graves, em que ocorra violência ou grave ameaça à pessoa humana.

Esses fatos também contribuem para a banalização do instituto, podendo ser encontradas no país pessoas que estão presas provisoriamente de forma indevida e por um longo período de tempo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 580.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 547.495/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 48.974/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 19/08/2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 58.255/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado

em 15/10/2015, DJe 05/11/2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 122.408/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93315, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00660 RTJ VOL-00207-02 PP-00708. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99072, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-05 PP-01051. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 154883 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 07-08-2018 PUBLIC 08-08-2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 174979 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 27/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 15-10-2019 PUBLIC 16-10-2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 181675 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 506.418/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 25/06/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 121750, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BUENO, Vani Antônio; PANACHUK, Lara Pastorello. Considerações Sobre a Ordem Pública: Aplicação da Prisão Preventiva nos Crimes Contra a Dignidade Sexual. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 5, nº 9. Dezembro de 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. 6. ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Vol. 1. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. Parte Geral. 7. ed., revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

DEZEM MADEIRA, Guilherme. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed., revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIAMBERARDINO, André; ZILIO, Jacson. Teoria da Pena. Reincidência. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

GOMES SILVA, Luciana Bittencourt. Garantia da Ordem Pública como Critério de Encarceramento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Uma análise teórico-empírica. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 2, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/7105/pdf>. Acesso em 10 jul. 2021.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. "Crônicas de Estupros e Mortes Anunciadas" e a Tese de que a "Prisão Preventiva Para Garantir a Ordem Pública é Inconstitucional". Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 4, nº 7. Dezembro de 2017.

LEONARDI, Lucas Cavini. A Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública no Processo Penal Brasileiro. Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciência Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 9. ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. ed. 4, revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

MACHADO DA LUZ, Pedro Henrique. Elementos do Direito ao Esquecimento. Editora UFPR. Curitiba, 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HCC - 1394978-3 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Regional de Mandaguacu - Rel.: Desembargador Antonio Loyola Vieira - Unânime - J. 06.08.2015. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 3ª C.Criminal - 0012515-51.2020.8.16.0000 - Toledo - Rel.: Juíza Ângela Regina Ramina de Lucca - J. 21.04.2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 3ª C.Criminal - 0051360-89.2019.8.16.0000 - Cruzeiro do Oeste - Rel.: Desembargador João Domingos Küster Puppi - J. 21.04.2020). Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 4ª C.Criminal - 0013786-95.2020.8.16.0000 - Londrina - Rel.: Desembargador Carvílio da Silveira Filho - J. 20.04.2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 4ª C.Criminal - 0049250-54.2018.8.16.0000 - Campo Largo - Rel.: Desembargador Celso Jair Mainardi - J. 13.12.2018. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 5ª C.Criminal - 0015065-19.2020.8.16.0000 - Laranjeiras do Sul - Rel.: Desembargador Luiz Osório Moraes Panza - J. 18.04.2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Revista Faculdade Direito UFMG, Minas Gerais, v. 66, 2015.

TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. 1. ed. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2. ed. 10 reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editora Ediar, 2017.