

247

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA DENEGAR HABEAS CORPUS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL E DO RIO DE JANEIRO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

The Guarantee of Public Order as a Basis for Denying Habeas Corpus in the Courts of Justice of Mato Grosso do Sul and Rio de Janeiro During the Covid-19 Pandemic

André Luiz Fausting

Doutor pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) e professor na Universidade Federal de Dourados (UFGD)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6009-7455>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8904120838149160>

Yolanda Gaffrée Ribeiro

Doutora pela Universidade Federal Fluminense (UFF)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7205-8410>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0204889715558525>

Resumo

Esse artigo apresenta resultados de uma pesquisa que se desenvolve no âmbito de um projeto maior, intitulado “Assimetrias Federativas em Tempos de Covid-19: Diagnósticos e Impactos da Recomendação nº 62 do CNJ no Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul”, aprovado pelo Edital Capes 12/2021. Para tanto, foram levantados e analisados dados quantitativos e qualitativos de *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça desses três estados entre 2020 e 2022. Nesse artigo, apresentaremos uma análise de *habeas corpus* impetrados nos Tribunais de Justiça de Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro, com recorte para os julgamentos nos quais foi utilizada a “garantia da ordem pública” como fundamento para denegar os pedidos. Assim, o trabalho busca refletir sobre o uso recorrente dessa categoria indeterminada do Direito em um contexto extraordinário como o da Pandemia da Covid-19 no Brasil. A partir da análise do inteiro teor dos *habeas corpus* foi possível concluir que os usos indiscriminados e genéricos da garantia da ordem pública pelos tribunais estudados revelam mais sobre ideologias de políticas criminais do que previsões legais, o que resulta em violação de direitos e mais encarceramento.

Palavras-chave: Garantia da ordem pública; Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; Pandemia da Covid-19; Recomendação 62 do CNJ.



Abstract

This chapter presents results of a research project developed within the scope of a larger project, entitled “Federal Asymmetries in Times of Covid-19: Diagnoses and Impacts of Recommendation No. 62 of the CNJ in Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro and Rio Grande do Sul”, approved by Capes Notice 12/2021. To this end, quantitative and qualitative data on habeas corpus petitions filed with the Courts of Justice of the three states between 2020 and 2022 were collected and analyzed. In this work, we will present an analysis of habeas corpus petitions filed with the Courts of Justice of Mato Grosso do Sul and Rio de Janeiro, with a focus on the judgments in which the “guarantee of public order” was used as a basis for denying the requests. Thus, the work seeks to reflect on the recurring use of this indeterminate category of Law in an extraordinary context such as that of the Covid-19 Pandemic in Brazil. From the analysis of the full content of the habeas corpus writs, it was possible to conclude that the indiscriminate and generic uses of the guarantee of public order by the courts studied reveal more about criminal policy ideologies than legal provisions, which results in violation of rights and more incarceration.

Keywords: Guarantee of public order; Court of Justice of Mato Grosso do Sul; Court of Justice of Rio de Janeiro; Covid-19 Pandemic; Recommendation 62 of the CNJ.

Introdução

A pesquisa na qual se baseia esse artigo foi desenvolvida dentro de um projeto maior intitulado “Assimetrias Federativas em Tempos de Covid-19: Diagnósticos e Impactos da Recomendação nº 62 do CNJ no Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul”. Aprovado pelo Edital Capes 12/2021(Impactos da Pandemia), o projeto se desenvolve no âmbito do INCT/InEAC, integra diferentes pesquisadores e programas de pós-graduação e tem como objetivo analisar como se deu, durante a Pandemia, o julgamento de *habeas corpus* impetrados por pessoas presas pelos crimes de tráfico de drogas, furto, roubo e homicídio. Para tanto, foram levantados e analisados dados quantitativos e qualitativos de *habeas corpus* impetrados a partir das capitais Campo Grande, Rio de Janeiro e Porto Alegre nos tribunais de justiça dos respectivos estados, tendo como referência a forma como a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi recepcionada, aplicada, aplicada parcialmente ou rejeitada nos julgamentos desses *habeas corpus*.

Emitida pelo CNJ em março de 2020 no intuito de implementar medidas



249

preventivas à propagação do vírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, entre as principais medidas propostas pela Recomendação 62 estava a reavaliação das prisões provisórias. Prevista no inciso I do artigo 4º da Recomendação 62, a reavaliação dessas prisões se sustentava em três critérios: a situação da pessoa, com foco especial para mulheres gestantes e lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos, idosos, indígenas, pessoas com deficiência e aquelas pertencentes aos grupo de risco; a condição do local onde a pessoa estava presa, ressaltando a situação de presídios com ocupação superior à sua capacidade, sem equipe de saúde ou que estivessem sob interdição; e as condições processuais da prisão, ou seja, pessoas que estivem presas preventivamente há mais de 90 dias ou que estivessem presas por crimes praticados sem violência ou grave ameaça.

Embora a Recomendação 62 tenha sido reconhecida como uma importante iniciativa do CNJ para garantia da saúde das pessoas encarceradas e dos profissionais que atuavam nos sistemas de justiça criminal e prisional,¹ diversas pesquisas vêm demonstrando que a referida Recomendação não foi devidamente acolhida ou aplicada nos julgamentos de *habeas corpus* por diferentes motivos (Vasconcelos et al. 2020; Valença e Freitas 2020; Lupetti Baptista et al. 2021; Quintão e Ribeiro 2022; Ribeiro e Oliveira 2023; Faisting 2024). Em um balanço sobre essas pesquisas, realizado por pesquisadore/as que integram o projeto da Capes, constatou-se que, mesmo com a Recomendação 62 do CNJ, não houve ruptura das práticas tradicionais punitivas sobre as pessoas encarcerados durante a Pandemia da Covid-19 no Brasil (Lima et al. 2025).

No caso dos tribunais de justiça de Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro, foco desse artigo, os dados quantitativos revelaram, entre outros achados, que a grande maioria dos *habeas corpus* impetrados entre 2020 e 2022 foram denegados mesmo para os grupos de risco previstos na Recomendação 62. Como um dos objetivos da pesquisa era compreender como essa recomendação foi recepcionada pelos tribunais de justiça,

¹ Partimos da hipótese de existência, no Brasil, de uma política criminal que oscila entre modelos mais garantidores de direitos e modelos mais punitivos (Campos e Azevedo 2020). Assim, pode-se dizer que foi a partir de um modelo mais garantidor de direitos que a Recomendação 62 reconheceu a vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade durante a Pandemia e, em entendimento às orientações da Organização Mundial de Saúde, propôs aos juízes e aos tribunais de justiça a adoção de medidas visando diminuir a superlotação por meio da concessão de prisão domiciliar.



250

foi necessária a leitura do teor completo dos *habeas corpus* para identificar e analisar quais fundamentos e moralidades foram utilizadas com mais frequência para denegar os pedidos.

Da análise desses documentos, identificamos categorias de fundamentos que vão desde menções à Pandemia, à Recomendação 62 e às condições do sistema prisional até menções a categorias indeterminadas e a princípios gerais do Direito para denegar os *habeas corpus*. No que se refere à primeira categoria, os fundamentos utilizados foram desde à ausência de comprovação de pertencimento a grupos de risco ou de informações sobre a insalubridade das prisões, passando pelo caráter não obrigatório da Recomendação 62, até moralidades que distinguiam a população carcerária da “população ordeira”, indicando a “incoerência de prender em casa quem deveria estar solto e soltar quem deveria estar preso”.

No que se refere às menções de categorias indeterminadas e de princípios gerais do Direito para denegar os *habeas corpus*, as mesmas incluíam, entre outros, fundamentos como a necessidade de garantia da ordem pública, a periculosidade social e o risco de reiteração delitiva, além do caráter não absoluto do princípio da presunção de inocência e da necessidade de atender ao princípio da colegialidade.²

Para os propósitos e limites desse artigo, apresentaremos uma breve reflexão sobre os *habeas corpus* impetrados nos tribunais de justiça de Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro com recorte para os julgamentos nos quais foi utilizada a “garantia da ordem pública” como fundamento para denegar os pedidos. Dessa forma, buscamos refletir sobre o uso recorrente dessa categoria indeterminada do Direito em detrimento de outros critérios como aqueles previstos na Recomendação 62, bem como de outras normativas que visam assegurar direitos e garantias individuais às pessoas encarceradas.

² Além dessas categorias, destacam-se outros fundamentos e moralidades utilizados para denegar *habeas corpus* de mulheres gestantes e mães de crianças de até 12 anos. Registra-se que a condição dessas mulheres estava prevista na Recomendação 62 como passíveis de reavaliação das prisões preventivas, em atendimento, inclusive, a outros dispositivos legais já existentes. Nessa categoria destacam-se os fundamentos nos quais a mãe não teria comprovado ser imprescindível aos cuidados de seus filhos, por ter praticado o crime de tráfico de droga na própria residência e, portanto, ser prejudicial ao bem-estar da criança, pelo fato de a paciente, embora gestante, ser jovem e sem comorbidades (Faisting e Rosa 2024).



251

1. Breves anotações sobre o uso da categoria ordem pública em decisões judiciais

Ao analisarmos o teor completo dos *habeas corpus* impetrados nos tribunais de justiça do Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro, constatamos que o fundamento relativo à garantia da ordem pública foi um dos que mais apareceram nos votos dos desembargadores para denegar os pedidos. Tal constatação nos leva a refletir sobre o uso recorrente dessa categoria para denegar os pedidos, em especial no contexto extraordinário da Pandemia de Covid-19.

Com efeito, a “garantia da ordem pública” se revela não apenas como uma categoria indeterminada, mas também como um conceito ambíguo que, em geral, vem acompanhada de outros conceitos indeterminados e ambíguos para justificar sua aplicação. Como esclarecem Zackseski e Gomes (2016),

O conceito de ordem pública surge normalmente associado ao exercício do poder no âmbito dos Estados Nacionais, mas é envolto de ambiguidades, pois em muitas ocasiões está atrelado ao “acauitelamento” do meio social, outras vezes diz respeito ao clamor público, noutras está vinculado a considerações sobre a gravidade do crime, ou à segurança do ofendido (...) Interesse público e bem comum são duas referências constantes em tentativas de se definir o que é ordem pública; também são frequentes as menções à convivência harmoniosa e pacífica. Trata-se, pois, de um conceito com conteúdo indeterminado, que se tenta explicar a partir de outros, igualmente indeterminados. (Zackseski e Gomes 2016, 109-110)

Nossas pesquisas também evidenciaram que a “garantia da ordem pública” está, em geral, associada a várias outras categorias indeterminadas. Quando se trata de manter as prisões preventivas com fundamento na garantia da ordem pública e como base no artigo 312 do Código de Processo Penal, tanto juízes quanto desembargadores frequentemente lançam mão da periculosidade do agente, da possibilidade de reiteração delitiva, da necessidade de preservar a paz e evitar o caos social, entre outros valores sociais voltados ao que consideram o interesse público e o bem-estar coletivo.³

³ Embora não mencione a expressão “garantia da ordem pública”, o artigo 282 do Código de Processo Penal (CPP), que trata das medidas cautelares, também é, por vezes, associado ao artigo 312 do mesmo código. De acordo com o artigo 282 do CPP, “as medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)”. Evitar a prática de infrações penais, portanto, remete à necessidade de garantia da ordem pública considerando, sobretudo, a periculosidade do agente e o potencial para reiteração delitiva.



252

Em uma pesquisa sobre os fundamentos utilizados para não conceder prisão domiciliar às mulheres acusadas de tráfico de drogas no Rio de Janeiro, Freire e Sé Mello também identificaram o uso da garantia da ordem pública para denegar os pedidos, em geral associada à tese de equiparação do tráfico aos crimes hediondos, à repercussão social e à violência que envolve esse tipo penal. Segundo as autoras,

Identificamos também a persistência e a força do conceito de ordem pública nos discursos que negam o direito conferido na nova redação do art. 318 do Código de Processo Penal. A noção de ordem pública que aparece como fundamento nos acórdãos, reafirma a proteção e a defesa do Estado em detrimento dos direitos individuais dos cidadãos (as) presos (a). (Freire e Sé Mello 2018, 73)

Como o uso da “garantia da ordem pública” em geral vem associado à gravidade do crime, à periculosidade do agente e à possibilidade de reiteração delitiva para legitimar a ação do Estado em manter a prisão preventiva, a equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos também foi bastante utilizada para denegar os *habeas corpus* impetrados nos tribunais de justiça do Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro durante a Pandemia de Covid-19. Com efeito, em setembro de 2020 o CNJ editou a Recomendação 78, que prorrogou a vigência da Recomendação 62 e estabeleceu que o desencarceramento não deveria considerar, entre outros, os crimes hediondos. Em um dos *habeas corpus* julgados no TJMS essa equiparação se apresenta nos seguintes termos:

Considerando a necessidade de implementar o imediato cumprimento à Recomendação 78 do Conselho Nacional de Justiça, a negativa da concessão da ordem também encontra fulcro no disposto na mencionada recomendação, segundo a qual, dentre outras medidas, a análise acerca da máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva não se aplicam aos agentes que praticaram as condutas criminais elencadas, abrangendo os crimes hediondos, como no presente caso, em que o tráfico ilícito de entorpecente é tido como figura por eles assemelhada, recebendo o mesmo tratamento jurídico.

Com fundamento na equiparação entre tráfico de drogas e crime hediondo, portanto, muitos *habeas corpus* foram denegados e a associação entre tráfico, crime hediondo e gravidade do delito forneceram, juntos, a base para o fundamento da garantia da ordem pública. Conforme pode ser observado em outro julgado do TJMS, após incluir o caráter do crime hediondo como uma das hipóteses para o fundamento da garantia da ordem pública, o julgador discorre sobre as razões pelas quais o tráfico de



253

drogas deve ser considerado um crime grave e com repercussão social.

O caso concreto, pelas suas circunstâncias particulares, comporta a análise da ofensa à ordem pública sobre o prisma das interpretações da "gravidade do delito" e da "repercussão social do fato". Explico. Bem se sabe que a problemática das drogas sempre foi palco para insuperáveis discussões e controvérsias no âmbito da sociedade, tudo pelo inegável efeito devastador que é infligido à comunidade, sobretudo à saúde pública. Isso porque, não raras vezes visualizam-se, no contexto social, o envolvimento de cada vez mais indivíduos com substâncias do tipo entorpecente (...) Não se pode esquecer, também, do crescimento imensurável dos registros de investidas criminosas perpetradas por pessoas que se encontram sob o efeito de drogas. Sob outro aspecto, deve ser salientado que as consequências dos crimes que envolvem substâncias entorpecentes sempre são nefastas à manutenção das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente pelo fato de que o Estado se vê obrigado a deixar de aplicar recursos financeiros em outros setores públicos de imprescindível valia à nação, para aplicá-los no combate, de forma mais intensa e rígida, ao narcotráfico, e, ainda, na recuperação de dependentes de drogas. Nessa perspectiva, é indiscutível a gravidade das condutas típicas que envolvem substâncias do tipo entorpecentes, cujos efeitos, além de infligirem prejuízos à comunidade social, afetam diretamente a saúde e a segurança pública.

Observa-se, pelo final do trecho do julgado acima, bem como pelos demais julgados analisados, que a garantia da ordem pública sempre aparece associada, também, à necessidade de preservar a segurança pública. Ou seja, as decisões pela manutenção ou não da prisão preventiva de pessoas acusadas, especialmente, de tráfico de drogas, se sustentam menos em questões judiciais e de direitos e garantias individuais e mais em questões de política criminal. Nesse sentido, Zackseski e Gomes (2016) apontam para as duas faces do uso da ordem pública, quais sejam: para decretar prisões preventivas na justiça criminal e para legitimar discursos na segurança pública. Com isso, as autoras concluem afirmando que os dois aspectos se relacionam intrinsecamente, pois “ao servir de fundamento para justificar o encarceramento provisório, termina por orientar uma política pública de segurança que privilegia a segregação e criminalização de determinados grupos sociais”. (Zackseski e Gomes 2016, 122)

Se consideramos os impactos da Pandemia de Covid-19 no sistema prisional brasileiro, bem como a existência da Recomendação 62 do CNJ que trouxe, entre outras medidas, propostas para reavaliação de prisões preventivas sobretudo para pessoas mais vulneráveis e pertencentes a grupos de risco, o uso reiterado da garantia da ordem pública como fundamento para denegar os *habeas corpus* pode adquirir contornos ainda mais dramáticos. A seguir, apresentaremos dados de alguns julgamentos de *habeas*



254

corpus impetrados nos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro, como forma de melhor refletir sobre o uso categoria “ordem pública”.

2. Refletindo sobre decisões em *habeas corpus* que usaram a garantia da ordem pública para denegar os pedidos nos TJMS e TJRJ

Nossas pesquisas constataram que a grande maioria dos *habeas corpus* analisados foram denegados, e a maioria das pessoas encarceradas estavam presas preventivamente, condição em que se utiliza a “garantia da ordem pública” com base no artigo. 312 do Código de Processo Penal.⁴ A seguir, apresentaremos dois exemplos de julgados que permitem constatar como a garantia da ordem pública sempre aparece associada a outras categorias indeterminadas e, especialmente, a valores sociais que priorizam o direito da coletividade em detrimento dos direitos e garantias individuais das pessoas encarceradas, enfatizando que não existem garantias individuais absolutas. O primeiro caso se refere a um homem preso pelo suposto crime de furto que teve seu pedido denegado por unanimidade de votos. No segundo caso, tratou-se de um homem preso e acusado pela prática do crime de tráfico de droga que também teve seu pedido denegado por unanimidade de votos.

Vislumbrando-se dos elementos de convicção até o momento reunidos, particularidades e circunstâncias fáticas a delinearem a gravidade concreta da conduta perpetrada, ensejando indicativos sobre periculosidade do paciente - reincidente em crime doloso, nociva à segurança e à incolumidade social, justifica-se a manutenção do decreto prisional. Acresça-se que como garantia da ordem pública não se busca apenas assegurar a calma social, a manutenção e estabelecimento da disciplina social e de seus valores, mas, também, prevenir a reprodução de fatos criminosos. Não há que se falar em garantias individuais absolutas. Há muito deixou o direito de ser instrumento de salvaguarda individual, passando a ser um meio de promoção da justiça social, devendo direcionar-se ao bem comum, ao bem - estar coletivo. Nesse sentido é que, havendo interesses antagônicos, os valores hão de ser cotejados, prevalecendo o que atende ao interesse público.

A garantia da ordem pública foi o primeiro objetivo visado pelo legislador ao conceber o instituto da prisão preventiva, e assim o fez em razão da imensurável importância da paz social para a normalidade da vida em sociedade. Com isso, o sagrado direito à liberdade, do qual todo cidadão é dotado, cede diante da necessidade de preservar o bem-estar coletivo, ameaçado pela

⁴ Na amostra selecionada para *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, 89% foram denegados e 83,1% das pessoas estavam presas preventivamente. No que se refere ao fundamento da garantia da ordem pública para denegar os pedidos, o mesmo foi utilizado em mais de 80% dos casos. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos casos julgados a partir do tipo penal tráfico e/ou associação ao tráfico, 87% dos pedidos foram denegados.



255

conduta de quem insiste em praticar delitos sem importar-se com a repercussão de seus atos no meio social.

Em outro julgado, um homem acusado pelo crime de tráfico de drogas e que também teve seu pedido denegado por unanimidade de votos, se referindo à garantia da ordem pública a defesa alegou que o juiz de primeira instância fundamentou sua decisão pela manutenção da prisão preventiva com base em um conceito jurídico indeterminado. Nesse caso, portanto, o desembargador que relatou o processo precisou responder não apenas ao pedido de liberdade provisória, mas também à alegação da defesa quanto o uso de conceito indeterminado. Nesse quesito, portanto, argumentou o seguinte:

Não há que se falar em decisão pautada em elemento ou conceito jurídico indeterminado, muito menos genérico, pois a garantia da ordem pública reclamada encontra-se na gravidade concreta do crime imputado, haja vista que o paciente se encontra supostamente envolvido com terceiras pessoas na prática do crime de tráfico de drogas.

Considerando a alegação de que se trata de conceito jurídico indeterminado, foi muito comum nos julgados analisados a referência exaustiva à doutrina e à jurisprudência para justificar o uso da garantia da ordem pública para manter a prisão preventiva. No que se refere à jurisprudência, as referências não se limitaram às decisões dos tribunais de justiça, mas alcançaram também decisões dos tribunais superiores como forma de legitimar o uso da categoria ordem pública. Já no que se refere à doutrina, as referências são vastas, mencionando vários doutrinadores que tratam dessa temática nos diversos manuais de Direito. A seguir, apresentamos trechos de um voto que sintetiza as várias interpretações doutrinárias à expressão "ordem pública", bem como posiciona uma delas como a que mais justifica o uso dessa categoria. Nesse caso, também se tratou de um homem preso e acusado de tráfico de drogas que teve o pedido denegado por unanimidade de votos.

Dessa forma, surgiram basicamente sete interpretações dadas à expressão "ordem pública", quais sejam: 1) reiteração da prática criminosa; 2) periculosidade do agente; 3) gravidade do delito; 4) caráter hediondo do crime; 5) repercussão social do fato; 6) credibilidade da justiça; e, finalmente, 7) clamor social, público ou popular. Dessas interpretações dadas à expressão "ordem pública", a que encontra maior acolhida é a referente à reiteração da prática criminosa (...) Em inovadora para os padrões da época, Basileu Garcia já afirmava ser tal argumento aceitável, aduzindo que: "Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso à práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida" (...) Guilherme de Souza Nucci



256

entende que a necessidade de se evitar a contumácia criminosa "é motivo suficiente para constituir gravame à ordem pública, justificador da decretação da prisão preventiva". (...) Paulo Rangel entende que "se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais" (...) Traduz-se na tutela dos superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo-se explícito dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CF/88). Quando tal tranquilidade se vê ameaçada, é possível a decretação da prisão preventiva, a fim de evitar que o agente, solto, continue a delinquir. (...) O STF entende que a necessidade de se prevenir a reprodução de novos crimes é motivação bastante para se prender o acusado ou indiciado, em sede de prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública.

Observa-se que no voto acima o relator aponta a reiteração da prática criminosa - associada à periculosidade do agente e à gravidade do crime - como a dimensão mais importante na definição do conceito de “garantia da ordem pública”. Contudo, ele menciona outras três interpretações possíveis que também justificariam o uso dessa categoria, quais sejam: a repercussão social do fato, a credibilidade da justiça e o clamor social, público ou popular. Vejamos dois exemplos nos quais essas dimensões também aparecem nos julgados analisados. Em ambos casos as pessoas presas eram acusadas por crime de tráfico de drogas e tiveram seus pedidos denegados por unanimidade de votos. No primeiro caso, contudo, trata-se de uma mulher.

Nesse contexto, permitir-se a liberdade do paciente neste momento, serviria apenas para levar indignação à população, perplexa com os crimes dessa natureza que veem ocorrendo com frequência na cidade, sendo indispensável no caso, a intervenção célebre e firme de Poder Judiciário, garantido a tranquilidade da ordem pública e a própria normalidade da vida em sociedade.

O *periculum libertatis* também está evidenciado na hipótese em testilha, visto que a custódia preventiva decorre da necessidade imperiosa de acautelar a ordem pública, que é assim definida pela melhor doutrina, *verbis*: “O significado da expressão ‘garantia de ordem pública’ não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade” (BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131).

Ainda sobre a referência à doutrina, mas em sentido contrário às menções anteriores, em um julgado no qual o relator critica o uso genérico e abstrato da categoria “ordem pública”, ele também recorre à doutrina para fundamentar sua decisão pela concessão do *habeas corpus*.



257

Sob a problemática, são elucidativos os ensinamentos de Aury Lopes Júnior (in Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 852): "Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica 'garantia da ordem pública', mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o 'restabelecimento da credibilidade das instituições'. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, é preocupante sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policial e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado. No mais das vezes, esse discurso é sintoma de que estamos diante de um juiz 'comprometido com a verdade', ou seja, alguém que, julgando-se do bem (e não se discutem as boas intenções), emprega uma cruzada contra os hereges, abandonando o que há de mais digno na magistratura, que é o papel de garantidor dos direitos fundamentais do imputado".

Em outro *habeas corpus*, também de um homem preso por suposta prática de crime de tráfico de drogas que teve o pedido denegado por unanimidade, mesmo afastando a tese da gravidade da conduta da pessoa presa e, por consequência, da periculosidade do agente, o relator votou pela denegação do pedido como base na materialidade do crime e nos indícios de autoria.

Registro, de início, que o crime em comento, isoladamente considerado, apesar de ocasionar insegurança social, não possui realmente gravidade acentuada e, mesmo que possuisse, os Tribunais Superiores vêm decidindo reiteradamente que esse não é um argumento idôneo para a constrição cautelar de qualquer pessoa. Entretanto, diante da prova da materialidade e de indícios de autoria, deve ser mantida a prisão cautelar do paciente como medida indispensável à garantia da ordem pública.

Cabe registrar que o artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece três critérios para que a prisão preventiva seja decretada: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. O artigo ainda estabelece que esses três critérios devem ser aplicados "quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria". Ou seja, o que se pode depreender do enunciado desse artigo é que a prisão preventiva não se justificaria, exclusivamente, pela materialidade do crime e/ou indícios de autoria, mas, antes, pela existência de pelo menos um dos três critérios estabelecidos.

No caso em análise, ao mesmo tempo em que se afasta a gravidade da conduta do agente, critério normalmente utilizado para justificar a necessidade de garantia da



258

ordem pública, o desembargador aponta a materialidade do crime e os indícios de autoria como forma de justificar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Tal constatação indica a amplitude que o uso da categoria ordem pública pode, muitas vezes, alcançar, deixando margem para a livre interpretação do julgador que, muitas vezes, revela ambiguidades.

Por fim, cabe destacar, novamente, trechos de um dos poucos *habeas corpus* nos quais o desembargador votou pela concessão do pedido, considerando genérica a decisão do juiz de primeira instância que decretou a prisão preventiva como base na gravidade do crime e, portanto, na necessidade de assegurar a garantia da ordem pública.

Na realidade, a meu ver, o cárcere está alicerçado em fundamentação genérica, que quase se limita à mera reprodução das hipóteses legais de cabimento, arrimando-se na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, o que é pouco para demonstrar a exigida existência de risco à ordem pública e econômica, à conveniência da instrução criminal e à eventual aplicação penal. Na esteira de cediça jurisprudência das Cortes Superiores, a fundamentação que se encaixe para qualquer pessoa, crime e situação, não é legítima para autorizar tão extrema restrição à liberdade, por ofensa ao dever consagrado no art. 93, IX, da Constituição (...) é entendimento do STF que: "A mera referência vernacular à garantia da ordem pública não tem a força de corresponder à teleologia do art. 312 do CPP. Até porque, no julgamento do HC 84.078, o STF, por maioria, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não-culpabilidade (...) a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social". (HC 101.705/BA, 1.^a Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 03/09/2010).

Esse caso é ilustrativo no sentido de apontar para o caráter muitas vezes genérico no uso da categoria “ordem pública”. E é importante, sobretudo, porque se trata de um dos poucos casos nos quais o relator reconhece os problemas decorrentes desse uso e vota pela concessão do *habeas corpus*. Contudo, ao contrário da grande maioria dos julgados, esse *habeas corpus* não foi concedido por unanimidade de votos, tendo um dos três desembargadores concordado com a decisão do juiz de primeiro grau ao reconhecer a necessidade de manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública, nos seguintes termos:



259

Em que pese a fundamentação contida no voto do relator, a prisão preventiva deve ser preservada. Cumpre registrar que para ser justificada a prisão preventiva, sem que haja ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, o julgador deve emitir decisão com fundamentação concreta, demonstrando que a custódia é admitida em uma das hipóteses contidas nos incisos do art. 313 do CPP, bem como a presença dos pressupostos e fundamentos descritos no art. 312 do CPP (...) O fundamento da garantia da ordem pública ficou evidenciado na gravidade concreta da conduta, uma vez que o paciente foi surpreendido com considerável quantidade de entorpecente (5,83 kg de maconha), o qual seria levado para outro Estado da Federação. Essa circunstância justifica a manutenção da prisão preventiva, ainda que as condições pessoais do paciente sejam favoráveis.

Observa-se, portanto, a divergência entre os desembargadores não apenas em relação à quantidade de droga para caracterizar maior ou menor gravidade ao crime imputado, mas também o quanto a prática desse crime pode ser ou não justificada para manutenção da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Consideramos que a divergência entre esses dois votos - não apenas sobre a procedência da prisão preventiva desse caso particular, mas também quanto ao uso da própria noção de “ordem pública” – explicita-se, então, tanto a ausência de um consenso sobre o significado de tal categoria, como um uso instrumentalizado que guia sua aplicação.

Podemos pensar, ainda, na mobilização de outras noções similares como a de “ordem econômica” a qual caracterizamos, igualmente, como indeterminada e cuja aplicação depende de interpretações particularizadas de juízes e magistrados. Tais interpretações, por sua vez, costumam acompanhar a adjetivação dos casos analisados ao equiparar, por exemplo, o tráfico de drogas a um “crime hediondo”. As decisões judiciais explicitam, então, certas moralidades que acompanham o uso dessas categorias “vazias” ou indeterminadas como a de “ordem pública” e “ordem econômica”, preenchendo-as de significado concreto.

No entanto, a expressão de tais moralidades é sempre situacional, como sugere a antropóloga Lucía Eilbaum (2019), pois dependem de múltiplas variáveis, entre as quais a trajetória pessoal do juiz, seus valores, visões de mundo, além de dinâmicas situacionais que envolvem a tomada de decisão. Desta forma, concordamos, ainda, com Zackseski e Gomes (2016) de que tais decisões não estão alheias à dimensão política, em especial às políticas criminais e de segurança pública. Esta relação se dá, por exemplo, no contexto da chamada “guerra às drogas” que, entre outras consequências, coloca o encarceramento em massa (Borges 2019) como um instrumento privilegiado de



260

controle social nas cidades brasileiras, incluindo o alto índice de prisões preventivas, objeto das decisões judiciais aqui analisadas.⁵

Considerações Finais

Esse artigo apresenta resultados de uma pesquisa que tem como objetivo descrever e analisar o tratamento jurídico desigual durante a Pandemia da Covid-19 nos estados de Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro. Para tanto, focou na forma como a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça foi recepcionada nos julgamentos de *habeas corpus* impetrados no tribunal de justiça dos dois estados. Mais especificamente, apresentamos uma análise do uso da “garantia da ordem pública” como fundamento para denegar os *habeas corpus* de pessoas presas preventivamente. Assim, o trabalho buscou refletir sobre o uso recorrente dessa categoria indeterminada do Direito em um contexto extraordinário como o da Pandemia da Covid-19, bem como de uma Recomendação que propôs medidas de desencarceramento diante alto risco de contágios e mortes no sistema prisional.

Diante do levantamento e análise quantitativa dos *habeas corpus* selecionados para os dois estados, constatou-se não apenas que a grande maioria dos pedidos foram denegados, inclusive para pessoas mais vulneráveis, mas também que entre os fundamentos mais comuns utilizados para denegação destacou-se a necessidade de garantia da ordem pública. Ou seja, além das denegações com fundamentos como a ausência de comprovação de pertencimento a grupos de risco ou de informações sobre a insalubridade das prisões, do caráter não obrigatório da Recomendação 62 e de moralidades no sentido de apontar para a incoerência de prender em casa quem deveria estar solto e soltar quem deveria estar preso, na grande maioria dos julgados também aparecem os fundamentos com base em categorias indeterminadas como a garantia da ordem pública. Esse fundamento sempre aparece associado a outros fundamentos também carentes de determinações precisas como periculosidade social e risco de reiteração delitiva, além do interesse público, bem comum, paz e harmonia social.

⁵ De acordo com os indicadores sobre o sistema penitenciário, em 2019, havia 702.069 pessoas privadas de liberdade, com o percentual de quase 30% de presos provisórios, situação que atinge, sobretudo, jovens negros com idade entre 18 e 34 anos (INFOOPEN, 2019)



261

Inspirados pela reflexão de Zackseski e Gomes (2016, 110), que argumentam que essas categorias indeterminadas “só são passíveis de explicitação pela observação de práticas políticas”, concluímos no sentido de que os usos indiscriminados e genéricos da garantia da ordem pública pelos tribunais revelam mais sobre ideologias de políticas criminais do que previsões legais, pois essas deveriam estar embasadas, entre outros, nos princípios da legalidade e da taxatividade, ainda que se trate de prisão processual e não penal, afinal a prisão preventiva não deixa de ser uma punição antecipada. Como argumenta o único jurista mencionado nos julgamentos de *habeas corpus* analisados que considera a prisão preventiva inconstitucional,

[a prisão preventiva] não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até, porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malan partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública. (LOPES JR 2011, 93)

Pelo princípio da taxatividade não é possível punir pessoas com base em normas vagas ou imprecisas. Ainda que esse princípio esteja voltado mais ao legislador do que ao julgador, pois o primeiro deve ser cuidadoso e taxativo no estabelecimento de uma lei penal, não é incomum a existência de leis abertas e imprecisas, o que demanda do juiz um esforço de interpretação que deveria, em tese, levar em conta outros direitos e garantias individuais para evitar a violação de direitos de pessoas encarceradas sem condenação. Em outras palavras, na impossibilidade ou na insuficiência de elementos concretos para atender os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, talvez o princípio da presunção de inocência poderia ter a mesma importância que a garantia da ordem pública parece ter nos julgamentos de *habeas corpus* analisados, não apenas pela frequência com que aparece, mas também pelo esforço em justifica-la.

Referências Bibliográficas



262

Amorim, Maria S. e Roberto Kant de Lima, R. 2017. *Administração de conflitos e cidadania: problemas e perspectivas*. Autografia.

Borges, Juliana. 2019. *Encarceramento em massa*. Pólen Produção Editorial.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 62*, de 17 mar. 2020.

Campos, Marcelo S. e Rodrigo G. Azevedo. 2020. “A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016”. *Revista Sociologia e Política* 28: 1-19.

Cardoso de Oliveira, Luis R. 2011. *Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil*. Garamond.

Duarte, Fernanda e Rafael M. Iório Filho. 2011. “A impossibilidade da igualdade jurídica no Brasil”. *Revista Juris Poiesis* 14(14): 48-62.

Eilbaum, Lucía. 2019. “Das sensibilidades jurídicas às sensibilidades morais na administração judicial de conflitos em perspectiva comparada. *Juris Poiesis* 22: 329-343.

Fausting, André L. 2024. “Pandemia, Prisões e Justiça Criminal: um estudo sobre *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (2020 – 2022)”. *Revista Estudos de Política* 15: 98-124.

Fausting, André L. e Bianca D. Rosa. 2024. “Encarceramento Feminino e Pandemia: um estudo a partir dos habeas corpus impetrados no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que mencionaram a Recomendação 62 do CNJ”. In *Assimetrias Federativa em Tempos de Covid-19: um panorama sobre o encarceramento*, organizado por Michel Lima et al. Autografia.

Freire, Christiano R. e Kátia de S. Mello. 2018. “Juízos morais e sujeição criminal no contexto da prisão domiciliar de mulheres em condição de maternidade no Brasil”. In *Saberes plurais: produção acadêmica em sociedade, cultura e serviço social*, organizado por Maia, R. Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da UFRJ.

Garau, Marília. 2024. “Métodos alternativos de pesquisa em meio a Pandemia: impactos da Recomendação 62/CNJ no Sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro”. In *Assimetrias Federativa em Tempos de Covid-19: um panorama sobre o encarceramento*, organizado por Michel Lima et al. Autografia.

Godoi, Rafael et al. 2023. *A Pandemia nas Prisões do Brasil*. Mórula.

INFOOPEN. 2019. “Levantamento nacional de informações penitenciárias”. *Ministério da Justiça e Segurança Pública*, Departamento Penitenciário Nacional.

Kant de Lima, Roberto e Marcelo da S. Campos. 2021. “Sujeição sanitária e cidadania vertical: Analogias entre as políticas públicas de extermínio na segurança



263

pública e na saúde pública no Brasil de hoje". *Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* 14: 1-9.

Kant de Lima, Roberto. 2010. "Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada". *Anuário Antropológico* 2: 25-51.

Kant de Lima, Roberto. 2011. *Ensaios de Antropologia e de Direito: acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada*. Lumen Juris.

Lima, Michel L.Toledo et al. 2025. "O sistema prisional e a atuação do Poder Judiciário no contexto da pandemia da covid-19: um balanço da bibliografia". *Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* 18(1): 1-28

Lopes Jr. Aury. 2011. *Novo regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Porvisória e Medidas Cautelares Diversas*. Lumen Júris.

Lupetti Baptista, Bárbara G. et al. 2021. "A justiça brasileira sob medida: a pandemia no Brasil entre direitos e privilégios". *Fórum Sociológico* 39: 19-30.

Lupetti Baptista, Bárbara G. 2013. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Sergio Antonio Fabris.

Mendes, Regina. 2012. *Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros*. Lumen Juris.

Quintão, Beatriz A. e Ludmila Ribeiro. 2022. "Judiciário em tempos de pandemia: um estudo das decisões em habeas corpus do Tribunal de Justiça de Minas Gerais". *Revista do Instituto de Ciências Penais* 7(1): 95-130.

Ribeiro, Yolanda G. e Karolynne G. Oliveira. 2024. "Medidas (in)comuns: uma análise das decisões judiciais frente ao encarceramento na pandemia da COVID-19 no Rio de Janeiro". In *Assimetrias Federativa em Tempos de Covid-19: um panorama sobre o encarceramento*, organizado por Michel Lima et al. Autografia.

Ribeiro, Yolanda G. e Karolynne G. Oliveira. 2023. Estado, justiça e representações sociais: uma análise das decisões judiciais face ao encarceramento durante a pandemia da Covid-19 no RJ". *Revista de Estudos Criminais* XXII: 92-110.

Silva, Rafael A. e Jacqueline Sinhoretto. 2023. "Disputas sobre a gestão da pandemia de Covid-19 nas prisões brasileiras". *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 10: 1-32

Valença, Manuela A. e Felipe da S. Freitas. 2020. "O Direito à Vida e o Ideal de Defesa Social em Decisões do STJ no Contexto da Pandemia da Covid-19". *Revista de Direito Público* 17(94): 570-595.

Vasconcelos, Natália P. et al. 2020. "Covid-19 nas prisões: um estudo das decisões



264

em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo”. *Revista de Administração Pública*, 54(5): 1.472-1.485.

Zackseski, Cristina M. e Patrick M. Gomes. 2016. “O que é ordem pública no sistema de justiça criminal brasileiro?” *Revista Brasileira de Segurança Pública* 10 (1): 108-125.

