

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE SERRA**

**ÁQUILA DE OLIVEIRA MEIRA
GABRIELLY ROSA ROCHA**

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

**SERRA/ES
2021**

ÁQUILA DE OLIVEIRA MEIRA
GABRIELLY ROSA ROCHA
FACULDADES DOCTUM DE SERRA

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

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Serra, como
requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Processual
Penal.**

**Professor Orientador: Luciano Costa
Felix.**

SERRA/ES

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**, elaborado pelas alunas **ÁQUILA DE OLIVEIRA MEIRA** e **GABRIELLY ROSA ROCHA** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das faculdades **FACULDADE DOCTUM DE SERRA**, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO**.

Serra/ES, ____ de _____ 2021

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar minuciosamente o instituto da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública, no âmbito do Direito Processual Penal brasileiro, analisando-o conforme os princípios previstos na Carta Magna e os dispositivos da lei infraconstitucional, apontando o retrocesso no processo penal ao banalizá-la no momento em que utiliza um termo vago e que produz insegurança jurídica.

Embora a prisão preventiva seja um meio destinado a assegurar o regular seguimento do processo, é certo que em alguns inúmeros casos o referido instituto não é utilizado para esse fim, servindo apenas como meio de antecipação de pena, o que, conforme o princípio de presunção de inocência previsto na Constituição Federal, não deveria ocorrer.

Conclui-se que a prisão preventiva tem de ser decretada apenas em situações excepcionais e específicas, devendo ser fundamentada e que a utilização de um fundamento vago sujeito a diversas interpretações causa insegurança jurídica ao processo penal, razão pela qual o Estado deve fazer com que os princípios constitucionais sejam cumpridos.

Palavras-chaves: Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Princípios constitucionais. Processo penal.

ABSTRACT

The present work aims to analyze in detail the institute of preventive detention decreed as a guarantee of public order, within the scope of Brazilian Criminal Procedural Law, analyzing it according to the principles produced in the Magna Carta and the provisions of the infraconstitutional law, pointing out the setback in the criminal process by trivializing it when using a vague term that produces legal uncertainty.

Although preventive detention is a means to ensure the regular follow-up of the process, it is certain that in some countless cases the aforementioned institute is not used for this purpose, serving only as a means of anticipating the penalty, which, according to the principle of presumption of innocence foreseen in the Federal Constitution, should not occur.

It is concluded that preventive detention must be decreed only in exceptional and specific situations, and must be substantiated and that the use of a vague plea subject to different interpretations causes legal uncertainty in the criminal process, which is why the State must ensure that the constitutional principles are adhered to.

Keywords: Preventive detention. Guarantee of public order. Constitutional principles. Criminal procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 PRISÕES CAUTELARES CONFORME O PROCESSO PENAL	7
2.1 Espécies de prisões cautelares	7
2.1.1 Prisão em Flagrante	7
2.1.2 Prisão temporária	10
2.1.3. Prisão domiciliar	11
2.1.4 Prisão preventiva	13
3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA	16
3.1 Dignidade da pessoa humana	16
3.2 Devido processo legal	18
3.3 Presunção de Inocência ou da não culpabilidade	19
3.4 Motivação das decisões	21
4 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	22
4.1 Conceito e caracterização da ordem pública	23
4.2 Banalização da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva	25
5 CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS	28

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe em seu bojo alguns princípios que norteiam o direito processual penal brasileiro, sendo alguns deles: presunção da inocência, dignidade da pessoa humana, devido processo legal e razoabilidade. Com base nisso, compreende-se que nenhum indivíduo deve ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, bem como só deverá ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Insta salientar que, apesar de tais princípios serem a regra no direito brasileiro, e de o próprio Código de Processo Penal em seu artigo 319 prevê medidas cautelares diversas da prisão, o mesmo dispositivo legal, no capítulo III, traz algumas das exceções à regra. O artigo 312, por exemplo, prevê que o indivíduo poderá ter sua prisão cautelar decretada preventivamente “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” (BRASIL, 1941).

No entanto, não obstante a prisão preventiva se tratar de uma exceção, o que se observa é que a maioria dos indivíduos presos preventivamente, têm sua prisão decretada com fundamento neste instituto, por se tratar de um vocábulo vago e impreciso, o que permite um amplo espaço de arbitrariedade pelo julgador, tornando seu uso imoderado e sem justificativas plausíveis.

Com base no exposto, a presente pesquisa tem por objetivo discutir a garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva, buscando melhor compreensão de tal instituto através de doutrinas e jurisprudências, bem como de julgados sobre o assunto.

No que se refere a compreensão de tal instituto, será feita uma breve análise dos conceitos atribuídos a ordem pública pelos doutrinadores e pela jurisprudência, levando em consideração a divergência de entendimentos entre eles e a relevância destes para a compreensão do tema.

No tocante a metodologia utilizada, inicialmente será adotado o método dedutivo, dado que fora utilizado coleta de informações sobre o tema em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e eletrônicos, como artigos científicos, livros, julgados, entre outros.

2 PRISÕES CAUTELARES CONFORME O PROCESSO PENAL

2.1 Espécies de prisões cautelares

O presente capítulo tem por objetivo dissertar sobre as espécies de prisões cautelares previstas no Código de Processo Penal, quais sejam, prisão em flagrante, prisão temporária, prisão domiciliar e prisão preventiva, descrevendo-as com seus conceitos, natureza jurídica e seus cabimentos, com o fim de que o leitor entenda cada uma delas, para, após isso, adentrar nos princípios constitucionais que regem a prisão preventiva e a banalização do termo “garantia da ordem pública” como fundamento para decretação da prisão preventiva, que é o principal foco da presente pesquisa.

2.1.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante, prevista nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal, tem natureza cautelar e independe de ordem fundamentada do juiz, e consiste na prisão do agente que

Art. 301 (...)

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941)

O flagrante descrito nos incisos I e II, também chamado na doutrina de flagrante próprio, ocorre quando o agente é encontrado praticando a infração penal, ou quando acaba de cometê-la, permanecendo ainda o agente no local do delito, devendo a prisão ocorrer de imediato.

Já o flagrante impróprio, também chamado por alguns doutrinadores de quase flagrante, previsto no inciso III, ocorre quando o agente é perseguido, logo após o cometimento do delito e com objetos que o faça presumir ser o autor da infração. Nesse caso, o agente já deixou o local do delito, porém fora iniciada pelas autoridades a perseguição, devendo essa ser contínua e ininterrupta, caso contrário, cessará a flagrância e o agente não poderá ser preso por tal motivo. Sendo certo que, caso o agente seja preso após cessada a perseguição, a prisão será ilegal e deverá ser relaxada.

O flagrante presumido, previsto no inciso IV, é aquele onde o agente é encontrado, logo depois da prática do delito, na posse de objetos ou instrumentos que o façam presumir ser ele o autor do delito. Para Aury Lopes Jr. (2021, p.22)

A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida precauteladora pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade.

Nesse mesmo sentido, aduz Renato Marcão (2012, p. 56) que

A prisão em flagrante é modalidade de prisão cautelar, e a palavra “flagrante” procede do latim — *flagrans, flagrantis* — e significa aquilo que está queimando; que está em chamas; que se faz evidente naquele momento, em situação de atualidade.

(...) Para o autor, a prisão em flagrante é uma “subcautela”, na medida em que serve de prelúdio (prelúdio subcautelador) para eventuais medidas coativas pessoais, garantindo sua execução. Na essência, a compreensão do instituto é a mesma.

Insta salientar que existem outras variações das espécies de prisão em flagrante que não estão previstas no Código de Processo Penal, sendo abordadas e dissertadas por doutrinadores renomados, bem como por jurisprudências. Sendo elas, flagrante forjado, provocado, preparado, esperado e diferido.

O flagrante forjado ocorre quando alguém, tanto autoridade policial como um particular, criam provas falsas para forjar a prática de um crime que não ocorreu, com o intuito de incriminar falsamente o agente. Nesse sentido, aduz Renato Marcão (2012, p. 63)

O flagrante forjado existe quando é criada, forjada uma situação fática de flagrância delitiva para (tentar) legitimar a prisão. Cria-se uma situação de fato, que é falsa. Exemplo típico é o enxerto de substâncias entorpecentes (ou armas) para, a partir dessa posse forjada, falsamente criada, realizar a prisão (em flagrante) do agente. É, portanto, um flagrante ilegal, até porque não existe crime.

Já o flagrante provocado ocorre quando a autoridade policial ou um particular instiga ou induz o agente a praticar uma infração penal, com o objetivo de incriminá-lo e prendê-lo. Nesse caso, é certo que o agente não cometeria o fato delituoso se não houvesse sido instigado por alguém, sendo, portanto, uma espécie de crime impossível. Nas palavras de Renato Marcão (2012, p. 64),

O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador. BITENCOURT explica que isso não passa de uma cilada, uma encenação teatral, em que o agente é impelido à prática de um delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. É o clássico exemplo do policial que, fazendo-se passar por usuário, induz alguém a vender-lhe a substância entorpecente para, a partir do resultado desse estímulo, realizar uma prisão em flagrante (que será ilegal). É uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo.

O flagrante preparado é bem parecido com o flagrante provocado e ocorre quando alguém, autoridade policial ou particular, prepara o flagrante, onde, antes mesmo de o crime se consumar, é anunciado o flagrante, sendo tipificado como crime impossível, já que o bem jurídico tutelado não foi colocado em risco em momento algum.

Aplica-se, nesse caso, o disposto na Súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” Portanto, trata-se de hipótese de crime impossível, nos termos do artigo 17 do Código Penal: “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.” (BRASIL, 1940).

Já o flagrante esperado, ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento da prática de um delito, fica de campana no local onde o mesmo ocorrerá e realiza o flagrante quando iniciados os atos executórios.

Não se pode confundir o flagrante esperado com o flagrante forjado, já que neste não há instigação ou indução à prática do delito, sendo, portanto, um flagrante válido e, conseqüentemente, legal.

O flagrante protelado ou diferido decorre da chamada “ação controlada” e está prevista nos artigos 8º e 9º da Lei nº 12.850/2013,

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Essa espécie de flagrante existe com o intuito de se buscar maiores informações e provas contra organizações criminosas ou tráfico de entorpecentes. Em síntese, se retarda a prisão cautelar para outro momento, que não aquele quando ocorre a flagrância, visando uma maior efetividade para a investigação.

Ademais, conforme aduz o artigo 310 do CPP, após recebido o auto de prisão em flagrante, o juiz terá o prazo de 24 horas após a prisão em flagrante para realizar a audiência de custódia, com a presença do custodiado, de seu advogado de defesa, bem como do Ministério Público e o Juiz decidirá, fundamentadamente, pelo relaxamento da prisão em flagrante, pela conversão para preventiva (se presentes os requisitos autorizativos), ou pela liberdade provisória, com ou sem fiança.

2.1.2 Prisão temporária

A prisão temporária tem o propósito de instrumentalizar o inquérito policial com manancial probatório concernente à autoria ou participação do suspeito ou indiciado em grave infração penal e fornecer cabedal probante que subsidie a futura denúncia ou queixa. A prisão temporária é, portanto, uma modalidade de prisão cautelar que não se encontra no CPP, sendo uma espécie bem peculiar de prisão cautelar, pois possui prazo certo e só pode ser determinada em fase de investigação, ou seja, jamais no curso do processo. Assim, após o recebimento da denúncia ou queixa, não poderá ser decretada nem mantida a prisão temporária. Caso ocorra do ministério público entender que há elementos para que o acusado permaneça preso, o mesmo deve junto com a peça acusatória requerer o pedido de prisão preventiva.

A prisão temporária só é cabível para os crimes expressamente previstos no art. 1º, III da Lei 7.960/89, bem como para os crimes hediondos ou equiparados (estejam, ou não, no rol do art. 1º, III da Lei 7.960/89. Além disso, há um prazo pré-

determinado que garante um prazo máximo que o acusado pode ficar preso, sendo ele de 5 dias ou até 30 dias quando se trata de crimes hediondos ou equiparados, sendo possível a prorrogação por igual período.

A prisão temporária é considerada a única prisão cautelar da qual, o prazo máximo de duração está descrito em lei. Trata-se de prazo com sanção, deste modo, concluso o limite de tempo fixado na lei, o imputado deve de imediato ser posto em liberdade (art. 2º, § 7º, da Lei n. 7.960/89), sob pena de configurar-se o delito de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/2019).

Sendo esta prisão decretada pelo juiz mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, não sendo possível ser decretada de ofício pelo juiz. Sempre terá de ser fundamentada a decisão, como especificam os arts. 93, IX, da Constituição e 2º, § 2º, da Lei n. 7.960/89, evidenciando a necessidade da prisão temporária e a apresentação do requisito e fundamentos que a legitimam.

Os prazos de sua duração são até 5 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade; em caso de crime hediondo, o prazo poderá ser de 30 dias, prorrogáveis por igual período, fazendo com que a prisão temporária possa durar até 60 dias (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90).

Pode ocorrer do imputado ser posto em liberdade antes desses prazos, pela própria autoridade policial (sem intervenção judicial), contando que não exista mais a necessidade da custódia, levando em conta o interesse da investigação.

A prisão temporária contém uma cautelaridade direcionada para a investigação preliminar e não para o processo. Não enquadra prisão temporária (ou sua permanência) se o inquérito policial já estiver concluído. Portanto, se já houver processo ou unicamente tiver sido oferecida a denúncia, não pode permanecer a prisão temporária.

Trata-se de uma prisão exclusivamente direcionada à investigação e que não permanece no curso do processo penal por ausência de fundamento. Encerrada a investigação preliminar, não se pode mais conceber prisão temporária.

2.1.3. Prisão domiciliar

A prisão domiciliar é uma modalidade de substituição da prisão preventiva, e é conceituada por Renato Marcão (2012, p. 129) como sendo

um instituto, introduzido no Brasil com a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, e possibilita, dentre outras coisas: 1º) restringir cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva, sem, contudo, submetê-lo às conhecidas mazelas do sistema carcerário; 2º) tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, por isso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistência, o arrefecimento do rigor carcerário; 3º) reduzir o contingente carcerário, especialmente no que diz respeito aos presos cautelares; e 4º) reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado.

Tal instituto está descrito nos artigos 317 a 318-B do Código de Processo, possuindo a seguinte redação:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (BRASIL, 1941).

Essa medida cautelar é cabível apenas para as pessoas que se adequem as hipóteses taxativas citadas acima, sendo que o acusado deve permanecer em sua residência, sem poder se ausentar dela, exceto se possuir autorização judicial para tanto.

A prisão cautelar domiciliar se difere da medida cautelar diversa da prisão prevista no artigo 319, inciso I, do CPP, visto que na primeira, de acordo com Renato Brasileiro de Lima “temos a verificação da presença dos elementos para a decretação da prisão preventiva do agente (CPP, art. 312), porém, por conta da presença de uma

das situações especiais do art. 318, a prisão preventiva será substituída pelo recolhimento domiciliar” (LIMA, 2011b, p. 1420).

Nesse contexto, vale ressaltar que conforme alude Aury Lopes Junior (2021, p. 67), a prisão cautelar domiciliar “não se trata, por evidente, de uma nova modalidade de prisão cautelar, mas de medida substitutiva da prisão preventiva, devendo observar os mesmos requisitos e princípios”.

2.1.4 Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma das modalidades de prisão processual decretadas pelo juiz, podendo ser decretada em qualquer das fases da persecução penal, quando presentes os pressupostos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro. Ademais, o instituto da Prisão Preventiva está disposto nos artigos 311 a 316 do Código acima citado.

Por se tratar de prisão sem pena, a prisão preventiva possui natureza cautelar, ou seja, visa assegurar a harmonia da sociedade, da investigação criminal e garantir a efetiva aplicação da pena. Nesse viés, para ter a sua prisão preventiva decretada, faz-se necessário provar o *fumus bonis iuris* (fumaça de um bom direito) ou *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indícios de autoria) e *do periculum in mora* (perigo na demora) ou *periculum libertatis* (perigo na liberdade de alguém).

Tais termos podem ser usados em consonância, visto que, conforme afirma Renato Marcão (2020, p. 126)

não é inadequado apontar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como requisitos gerais da cautelaridade em se tratando de providência de natureza processual penal, em especial no que toca à prisão preventiva, visto que neste caso o primeiro requisito — *fumus boni iuris* — corresponde exatamente ao *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria), enquanto o segundo — *periculum in mora* — tem com o *periculum libertatis* (perigo que decorre da liberdade de alguém) identidade de escopo.

Ou seja, o *fumus commissi delicti* nada mais é do que a fumaça de um bom direito, enquanto o *periculum libertatis* é o dano que se pode causar na demora de se privar a liberdade de alguém, portanto, ambos estão interligados com *fumus bonis iuris* e com *periculum in mora*.

Sabe-se que, com base no princípio constitucional da não culpabilidade ou da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, “ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, devendo, portanto, a custódia acauteladora ser tomada em último caso, ou seja, ser a exceção. Nesse sentido, afirma o Min. Marco Aurélio

Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos. (STF - HC: 83439 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/10/2003, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 07-11-2003 PP-00093 EMENT VOL-02131-03 PP-00570)

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 597) a prisão preventiva nada mais é do que

uma espécie de prisão cautelar, com o objetivo de assegurar a aplicação da lei penal, a conveniência da instrução criminal ou garantir a ordem pública e econômica, desde que provada desde que provada a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria.

Já para Renato Marcão (2012, p. 127) a prisão preventiva é

(...) modalidade de prisão cautelar de natureza processual que decorre de decisão judicial, podendo ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, e mesmo no momento da decisão de pronúncia ou da sentença penal condenatória, desde que presentes os requisitos legais.

Insta salientar que a prisão preventiva só poderá ser decretada pelo juiz quando requerida pelo Ministério Público, pelo assistente de acusação, querelante ou por representação da autoridade policial, conforme aduz o artigo 311 do Código de Processo Penal. Isso posto, observa-se que o juiz não poderá, de ofício, decretar tal medida acautelatória, tendo o legislador buscado o melhoramento do juiz imparcial e do devido processo legal, já que quando o juiz decide, de ofício, pela prisão preventiva, a sua imparcialidade fica evidentemente comprometida. Como bem aduz Lopes Jr. (2021, p. 38),

O maior problema do ativismo judicial – como a prisão de ofício, a produção de provas de ofício e até a condenação sem pedido (art. 385) – é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como

órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de terzietâ89, um estar alheio aos interesses das partes na causa

Nesse mesmo sentido, Guilherme Nucci (2011, p. 139) afirma que

É mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é do órgão acusatório, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado

Nesse contexto, resta evidentemente demonstrado que não é viável existir a decretação da prisão preventiva de ofício, visto que viola princípios constitucionais do devido processo legal e da imparcialidade do juiz.

Observa-se que, conforme já dito, a admissibilidade da prisão preventiva se encontra no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal, sendo certo que o artigo 311 dispõe sobre o momento em que é cabível a medida acautelatória, bem como a legitimidade das partes que poderão a requerer, já o artigo 312 versa sobre os pressupostos necessários para a decretação, sendo que o artigo 313 exprime os requisitos objetivos de cabimento.

Nos termos da parte final do artigo 312 do CPP, alterado pelo Pacote Anticrime (Lei, 13.964, de 24 de dezembro de 2019), a prisão preventiva somente será cabível se, no caso concreto, houver prova da existência da materialidade do crime, indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do agente. Ademais, tendo em vista que o referido artigo se refere a crime, resta claro que não cabe prisão preventiva para contravenções penais. Vejamos:

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

De acordo com o artigo supracitado, são fundamentos para decretação da prisão preventiva a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” (artigo 312, CPP) ou em caso de descumprimento de medida cautelar imposta. Outra alteração que a Lei nº 13.964 de 2019 trouxe foi o parágrafo 2º do artigo 312 do CPP, que dispõe que “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e

fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Logo não se pode decretar tal medida acautelatória em fatos antigos.

Ademais, extrai-se do artigo 313 do CPC as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, quais sejam:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941)

Nesse contexto, observa-se que a prisão preventiva é uma medida cautelar excepcional, que só poderá ser decretada pelo magistrado quando houver risco concreto a vida e a integridade física de outrem, bem como não poderá ser usada com o fim de antecipar o cumprimento da pena.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA

No presente capítulo, serão abordados quatro dos principais princípios constitucionais que regem o direito processual penal e estão relacionados diretamente à prisão preventiva, quais sejam, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do devido processo legal, presunção de inocência ou não culpabilidade e motivação das decisões, analisando-os sob a ótica doutrinária e jurisprudencial, com objetivo demonstrar a importância destes no momento de se decretar a prisão preventiva.

3.1 Dignidade da pessoa humana

São atributos imprescindíveis à vida do ser humano, a liberdade e a dignidade. A concepção de dignidade da pessoa humana não pode afastar-se da ideia de

liberdade, de que todas as pessoas são livres para tomarem as decisões que considerarem pertinentes e, também, que são iguais entre si. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um dos mais essenciais princípios nos quais envolvem os direitos e garantias constitucionais. Todavia, ele atua como princípio estruturante pelo qual se enquadra todo ordenamento jurídico. Está previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.”

Na realidade, a dignidade da pessoa humana refere-se a todos direitos fundamentais do homem, desde o direito da vida, no sentido de defesa dos direitos pessoais. Acerca deste princípio, cumpre registrar a lição do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 225):

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Nesse sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios.

Conforme previsto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, quando dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Consiste em direito inerente à pessoa humana, onde é inadmissível sua renúncia. O princípio citado é a garantia que o ser humano tem de não ser tratado como simples objeto, e, sim, ser considerado cidadão de direito.

No universo do processo penal brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana objetiva garantir ao acusado – sobre o qual recai a persecução penal – o recebimento de um tratamento digno, adequado e respeitável por parte do Estado. Seguindo, para Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 28):

O processo penal lida com liberdades públicas, direitos indisponíveis, tutelando a dignidade da pessoa humana e outros interesses dos quais não se pode abrir mão, como a vida, a liberdade, a integridade física e moral, o patrimônio, etc.

Sendo assim, para Nucci o processo penal deve ser estudado conjuntamente com os direitos e garantias fundamentais, tendo em consideração que estas reduzem a possibilidade de o Estado praticar excessos contra o indivíduo.

3.2 Devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LIV e LV, onde se tem que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Através do entendimento doutrinário de Carlos Roberto Siqueira Castro (1989, p. 40), no que diz respeito a evolução de tal princípio,

(..) Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados pela Administração Pública, impondo a esses, rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estados contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, e a sociedade e os indivíduos do outro.

Já de acordo com Carlos Augusto de Assis (2001, p. 64),

O devido processo legal, na sua dimensão substancial, tem correspondência com o chamado princípio da proporcionalidade, disseminado na Europa Continental.

Assim, com conclusões tiradas dos julgados do Supremo Tribunal Federal arremata: “Essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, ao nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) como adiantado acima, ajuda a esclarecer o conteúdo do devido processo legal que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a ideia equivocada de que a acepção substancial *do due process of law* não seria aplicável em países do sistema romano-germânico, com menor liberdade para o julgador do que os do tipo *judge makes law...*; c) reforça a ideia de equilíbrio que permeia todo o processo civil, como o clássico dilema entre celeridade e segurança.

Por tal princípio, entende-se que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus direitos sem que haja toda a tramitação legal do processo, devendo ser oportunizado ao acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa. É o que afirma Norberto Avena (2021, p. 17),

O devido processo legal, originado da cláusula do *due process of law* do direito anglo-americano, está consagrado na Constituição Federal no art. 5.º, LIV e LV, estabelecendo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio, no qual assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Na mesma toada, aduz Nucci (2020, p. 4) que

O devido processo legal deita suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal.

Norberto Avena (2016) demonstrou em sua obra a importância do princípio do devido processo legal e sua vasta utilização nos Tribunais, como exemplo, tem-se uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, a seguir ementada:

A vigência da Lei 12.403/2011, que alterou a sistemática das medidas assecuratórias da ação penal, dotou o magistrado com um rol de medidas restritivas de direitos menos gravosas ao réu, sendo certo que a prisão preventiva, medida excepcional, se revela última providência a ser adotada, ou seja, apenas quando as demais não se mostrarem adequadas ou suficientes (art. 282, §6º, do CPP). Assim, a imposição daquela custódia sem a verificação quanto à possibilidade de imposição das medidas cautelares diversas da prisão ofende ao devido processo legal (STJ, HC 206.729/MT, DJ 22.08.2011)

Nesse cenário, o devido processo legal surge como um dos princípios basilares do direito processual penal, gerando através dele a proteção de outros princípios constitucionais, como o princípio da presunção de inocência, do juiz natural, contraditório e ampla defesa, entre outros, sendo certo que a não observância de tal princípio pode gerar a nulidade processo, pois impede que o Estado juiz atue com arbitrariedade, devendo o acusado passar pelo crivo de um julgamento justo e com condições de receber suas garantias dentro do processo penal.

3.3 Presunção de Inocência ou da não culpabilidade

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, está previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de

sentença penal condenatória”, sendo certo que é necessário que o Estado, como órgão acusador, comprove a culpa do indivíduo, sem a qual o agente não poderá ser punido, até que se tenha sentença o condenando, ou seja, passando, portanto, o indivíduo a ser considerado culpado.

Nas palavras de NUCCI (2020, p. 5),

Conhecido, igualmente, como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. (...) Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu *estado natural*, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.

Aury Lopes Junior (2021, p. 7), traz em sua obra um breve relato histórico sobre tal princípio. Vejamos:

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorum*, tem-se que o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação. A presunção de inocência e o princípio de jurisdicionalidade foram, finalmente, consagrados na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. A despeito disso, no fim do século XIX e início do século XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelo verbo totalitário e pelo fascismo, a ponto de chamá-la de “estranho e absurdo extraído do empirismo francês”.

O princípio da não culpabilidade também está expressamente disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, que define:

Art. 8º

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. (COSTA RICA, 1978).

O princípio ora estudado tem como principal objetivo proteger a liberdade do cidadão que, muitas das vezes, a tem cerceada pelo Estado injusta e desnecessariamente. Nessa percepção, traz Leonir Batisti (2009, p. 128) que a

presunção de inocência caracteriza obviamente uma proteção. É uma proteção que implica prioritariamente em não cercear a liberdade em face de uma mera suspeita de envolvimento em crime (conquanto haja exceções previstas para uma suspeita fundamentada, de que se falará) e em não aplicar penas outras de caráter criminal, antes de um processo (ou do trânsito em julgado de uma decisão condenatória).

Nesse contexto, portanto, a presunção de inocência ou não culpabilidade reforça o princípio do direito penal mínimo, ou princípio penal da intervenção mínima do Estado, visto que a intervenção do Estado deve se configurar apenas na *última ratio*, ou seja, apenas quando absolutamente indispensável. Ademais o *status* de inocência só poderá ser alterado para o de culpado quando houver trânsito em julgado de sentença penal condenando o agente.

Com fulcro nesse princípio, O Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional a prisão do agente após o julgamento em segundo grau, obrigando-o a cumprir a pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É preciso o trânsito em julgado da decisão para encaminhar o acusado ao cumprimento da sanção penal, ocasião em que cessa a presunção de inocência (ADC 43, 44 e 54, rel. Marco Aurélio, 07.11.2019).

3.4 Motivação das decisões

Dispõe a Carta Política, em seu artigo 93, incisos IX e X, que todas as decisões do Poder Judiciário, tanto administrativos como jurisdicionais, são públicas e fundamentadas. Este princípio refere-se à motivação das decisões judiciais, existindo

a obrigação de fundamentação expondo justificativas suficientes para cada argumento, deve o juiz ser totalmente transparente. Sendo necessário comprovar que todas as provas, fatos e alegações foram examinados. De forma geral, o juiz terá que indicar a causa de pedir que o levar a acolher o pedido, ainda deve ser fundamentada legalmente, por referência ao dispositivo normativo.

Conforme Nicolitt (2015, p.92), tal fundamentação se refere à explicitação das razões de fato e de direito que conduziram à decisão. Consequentemente, apesar de constantemente ocorrer na prática, não basta a simples e mera indicação de dispositivos legais: o magistrado precisa indicar quais os elementos constantes dos autos que ensejaram tal decisão.

Se por acaso, a motivação não esteja presente como fundamento das decisões judiciais, não há como proporcionar o controle sobre os requisitos das medidas cautelares. A motivação, nas palavras de Avena (2016, p. 31), é

atributo constitucional-processual que possibilita às partes a impugnação das decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário, conferindo, ainda, à sociedade a garantia de que essas deliberações não resultam de posturas arbitrárias, mas sim de um julgamento imparcial, realizado de acordo com a lei.

Para ele a exigência dessa motivação surge como desfecho necessário que impossibilita a prolação de decisões arbitrárias ou à margem da lei, haja vista que os julgadores estarão cientes de que a deficiência de motivação das decisões poderá facilitar a reforma ou a própria nulidade do julgado. Desse modo, na possibilidade de ausência de motivação, configurar-se-á a invalidade ou nulidade da medida aplicada. A necessidade dessa fundamentação tende a evitar a prisão consubstanciada em motivos incompatíveis com as normas constitucionais.

4 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Como informado no capítulo 3, que trata das prisões cautelares do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz com fundamento na “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”, conforme aduz o artigo 312, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, tem-se que para que a prisão preventiva seja decretada, deve observar fundamentos, sendo certo que a decisão que for imotivada, é manifestamente ilegal, podendo, portanto, ser relaxada.

É cediço que a garantia da ordem pública é o fundamento mais utilizado pelos magistrados no momento da decretação da prisão preventiva, por ser esse um termo vago e impreciso.

À vista disso, faz-se necessário a discussão sobre tal fundamento, com o intuito de se demonstrar, através de conceitos trazidos por doutrinadores renomados do direito penal, o significado de ordem pública e a sua banalização no momento de se decretar a prisão preventiva.

4.1 Conceito e caracterização da ordem pública

Como informado acima, a garantia da ordem pública é um dos fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo um dos pilares que sustenta a prisão preventiva. De acordo com Nestor Távora (2012, p. 581)

a ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento.

Já Magalhães (2013, p. 120), define garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva como forma de sentimento de justiça para a sociedade ou como prevenção de que o acusado cometa novos crimes.

A ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em „exemplaridade“, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, a prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes.

De acordo com Fernando Capez (2021, p. 131), se utiliza a garantia da ordem pública quando

a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social. Nesse caso, a natural demora da persecução penal põe em risco a sociedade. É caso típico de *periculum in mora*.

Para Nucci (2020, p. 362), tal fundamento se conceitua como sendo

a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. (...) A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: *gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente*. Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo, de intranquilidade.

Conforme leciona o doutrinador Aury Lopes Junior (2020, p. 40),

tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei n. 8.884/94, Lei Antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.

Conforme dispõe Nucci (2020, p. 362), o juiz deve observar se realmente houve abalo a ordem pública no momento de decretar a prisão acautelatória.

Note-se, ainda, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios. Apura-se o abalo à ordem pública também, mas não somente, pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação – escrito ou falado. Não se trata de dar crédito único ao sensacionalismo de certos órgãos da imprensa, interessados em vender jornais, revistas ou chamar audiência para seus programas, mas não é menos correto afirmar que o juiz, como outra pessoa qualquer, toma conhecimento dos fatos do dia a dia acompanhando as notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação. Por isso, é preciso apenas bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal.

Nessa linha de raciocínio, na ótica dos autores citados acima, entende-se a garantia da ordem pública como sendo uma forma de se responder ao clamor da sociedade, também como forma de se impedir a continuidade delitiva do agente, não possuindo, para alguns doutrinadores natureza cautelar e sim uma forma de cumprimento de pena antecipado. (WEDY, 2013, p. 130)

4.2 Banalização da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva

A prisão preventiva como garantia da ordem pública apenas deveria ocorrer quando restasse demonstrado que o crime cometido se reveste de especial gravidade no caso concreto, pela pena prevista, ou até mesmo pelos meios de execução utilizados, bem como quando houver risco de cometimento de novos crimes ou comprovada a intranquilidade de determinada sociedade. Portanto, o juiz deve analisar cada caso de forma individual, de acordo com a gravidade e as circunstâncias de cada um.

Porém, o que se observa é o uso demasiado e excessivo de tal fundamento pelo judiciário, exatamente por ser um termo impreciso e vago, trazendo, portanto, “uma noção elástica de ordem pública que trouxe consigo a ampliação dos limites e que permite uma maior redução dos direitos de liberdade” (BOBBIO, 1998, p. 851-852). Conforme preceitua Aury Lopes Junior (2017, p. 98-99)

por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor.

O que se percebe é que a prisão preventiva como garantia da ordem pública vem sendo utilizada pelos magistrados com intuito claramente de antecipação de

pena, atendendo aos anseios da sociedade de ver o acusado preso e desprezando abertamente o princípio da presunção de inocência. É o que preceitua Aury Lopes Junior (2005, p. 51)

Atualmente, têm se atribuído à prisão cautelar a função de controlar o alarma social através famigerada prisão preventiva para garantia da ordem pública. Por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. Em suma, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública/econômica é uma verdadeira pena antecipada, violando claramente o devido processo legal e a presunção de inocência.

A sociedade tem grande expectativa em ver o acusado que praticou um delito ser punido, porém o Estado deve observar os princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto e apenas decretar a prisão preventiva quando sobejamente demonstrado a existência dos fundamentos e requisitos para sua decretação. Ademais, a prisão infundada ou que tenha longa duração, sem justificativa, viola princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, devido processo legal e presunção de inocência.

Nesse mesmo liame entende André Nicolitt (2015, p. 96), para ele “a prisão cautelar só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois do contrário transforma-se em antecipação de pena”, ou seja, quando a prisão cautelar é decretada fora da ordem processual, sem observação do devido processo legal é inconstitucional.

Diante dessa ótica, Choukr (1999, p. 16), traz palavras de bastante relevância, segundo ele: "pode-se então afirmar que a situação brasileira é de marcante contradição. De um lado o texto constitucional (que adotou o modelo acusatório); por outro o Código de Processo Penal, com seus resquícios inquisitivos”, em outros termos, concebe-se que a solução para que esses atos cessassem é olhar para o processo penal, sob a ótica da Carta Magna, com o fim de evitar o descumprimento dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse contexto, observa-se que a banalização da garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva vem de um clamor da sociedade de se ter o acusado preso a qualquer custo e de um Estado julgador que busca expressamente o cumprimento antecipado da pena, antes mesmo de o

indivíduo ser considerado culpado, desobedecendo princípios constitucionais basilares inerentes à pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 carrega em seu bojo princípios fundamentais inerentes à pessoa humana, alguns desses princípios são reforçados também nas leis infraconstitucionais, como por exemplo, no Código de Processo Penal, como o princípio do devido processo legal, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

Com base nisso, o código de processo penal prevê possibilidades de o agente ter sua liberdade cerceada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória em casos específicos, já que seu uso excessivo seria um grave descumprimento aos princípios constitucionais citados acima. Uma das possibilidades é a prisão preventiva.

O objetivo da prisão preventiva não é executar pena, ela possui natureza acautelatória, devendo ser decretada apenas com decisão fundamentada do juiz para garantir o bom andamento do processo, sendo, portanto, uma medida excepcional e não deve ser banalizada.

Tal medida cautelar é demasiadamente utilizada sob o fundamento da garantia da ordem pública, ocorre que tal fundamento vem sendo discutido entre os doutrinadores no que diz respeito a sua constitucionalidade, já que, por ser um termo vago, impreciso e que se sujeita a várias interpretações, magistrados têm se utilizado dele como forma de antecipação de pena, o que fere o princípio da presunção de inocência e da legalidade, bem como causa insegurança jurídica, tendo em vista que a imprecisão do termo permite que o julgado haja conforme seu arbítrio.

Diante disso, observa-se que a prisão preventiva como garantia da ordem pública não serve para ressocializar o indivíduo acusado de praticar um delito, que é a principal função da prisão, e sim que a sua utilização está banalizada e vulgarizada, o que traz consequências irretratáveis ao indivíduo e à sociedade.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 8. ed. São Paulo: Método, 2016
- AVENA, Norberto. Processo Penal. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>. Acesso em: 01 nov. 2021.
- BATISTI, Leonir. Presunção de inocência. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- BOBBIO, Norberto. Curso de Processo Penal. 1. Ed. Saraiva, 1998.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988
- BRASIL. Decreto n 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm > Acesso em: 03 out. 2021.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. Ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CAPEZ, FERNANDO. *CURSO DE PROCESSO PENAL*. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595895/>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JÚNIOR, Aury Lopes. *PRISÕES CAUTELARES*. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595253/>. Acesso em: 09 out. 2021.
- JÚNIOR, Aury. L. *Prisões cautelares - DIG*. Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218263/>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2011b. V. I.
- MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas, 2ª Edição*. Editora Saraiva, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502155367/>. Acesso em: 09 out. 2021.
- MENEZES, Josefa do Espírito Santo. Princípios constitucionais da prisão preventiva Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 nov 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38845/principios-constitucionais-da-prisao-preventiva>. Acesso em: 15 nov 2021.
- NICOLITT, André. Processo Penal Cautelar: Prisão e demais medidas cautelares. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6ª ed. São Paulo: RT, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990282/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

SOUZA NUCCI, Guilherme de. Código de processo penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STF, HC 83.439/RJ, 1a T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 14-10-2003, DJe de 7-11-2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência e prisões cautelares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.