

ANÁLISE DAS PRISÕES PREVENTIVAS SOB A ÓTICA DO REQUISITO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE¹

THE ANALYSIS OF PREVENTIVE IMPRISONMENTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE GUARANTEE OF PUBLIC ORDER AND ITS (UN)CONSTITUTIONALITY

Flávia Cristina Rodrigues de Carvalho²
Juliano de Oliveira Leonel³

RESUMO: O artigo visa analisar se as prisões preventivas, sob a ótica do requisito da garantia da ordem pública, são constitucionais. Utiliza-se um método de pesquisa qualitativo, valendo-se de pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais pertinentes ao tema. Dessa forma, ressalta-se que, se há a possibilidade de o magistrado se utilizar de interpretações arbitrárias para decretar uma prisão preventiva, sem ter como objetivo resguardar o processo, ele está assumindo um papel inquisitorial e, por isso, inconstitucional.

828

Palavras-Chave: Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: The article aims to analyze, whether preventive arrests from the perspective of the requirement to guarantee public order are unconstitutional. Through a deductive research method and dogmatic-bibliographic research of a qualitative nature, through consultations in works, legislation and jurisprudence relevant to the topic. Therefore, it should be noted that if there is the possibility of the magistrate using arbitrary interpretations to decree preventive detention without the objective of safeguarding the process, he is assuming an inquisitorial role, and therefore unconstitutional.

Keywords: Preventive detention. Guarantee of public order. Federal Constitution 1988.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA), Teresina-PI, 5 de junho de 2024.

² Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário (UNIFSA).

³ Doutor em Ciências Criminais – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB-DF). Especialista em Direito Penal e Processo Penal - UFPI). Professor e Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma medida cautelar que prevista no Código de Processo Penal, podendo ser decretada pelo juiz a requerimento do Ministério Público, ou do querelante ou de autoridade policial. Para ser legal, deve ter, pelo menos, um dos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva deve ser utilizada em *ultima ratio*, tendo em vista que relativiza o princípio da Presunção de Inocência e cerceia a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado. Essa medida, frequentemente, é decretada com base na garantia da ordem pública, que, por não ter um conceito definido pela doutrina ou no corpo do Código de Processo Penal, permite ao magistrado uma interpretação vaga de sua definição ou propósito ao decidir pela decretação da medida cautelar.

Portanto, será analisado em que medida a prisão preventiva, quando motivada pela garantia da ordem pública, segue os princípios garantistas e democráticos da Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere aos princípios da presunção de inocência e do contraditório e ampla defesa, provenientes do sistema acusatório. Dessa forma, será possível determinar se o Código de Processo Penal brasileiro adota o sistema constitucional acusatório ou o sistema inquisitorial antidemocrático.

829

O presente artigo utilizou o método de pesquisa qualitativo, valendo-se de pesquisas bibliográficas e documentais e jurisprudenciais pertinentes ao tema. Primeiramente, será analisada a origem do Processo Penal, abordando a instrumentalidade do processo, os princípios que o regem e os sistemas processuais. Posteriormente, serão discutidas especificamente as prisões preventivas sob a ótica do requisito da garantia da ordem pública e sua constitucionalidade.

2 ANÁLISE DAS RAÍZES DO PROCESSO PENAL

Inicialmente, a pena surgiu como uma forma de a sociedade, de maneira coletiva, punir indivíduos que desobedecessem às regras sociais. Historicamente, as primeiras regras sociais eram elaboradas e reguladas pela religião. Com a evolução das formas de organização social, a pena deixou de ser um instrumento de vingança social e, em tese, passou a ser um mecanismo estatal para impor autoridade.

Nesse sentido, Lopes Júnior (2021, p. 25) afirma que, diferentemente do Processo Civil, só é possível existir pena no Direito Penal se houver um processo, conforme estabelece o

Princípio da Necessidade. Portanto, o Processo Penal é o único caminho necessário para definir um delito e impor uma pena.

Surge, assim, a necessidade de um Processo Penal para que haja uma pena. Sabendo que, de forma geral, o Processo Penal, por meio de suas penas, cerceia a liberdade de indivíduos, é imperativo que seja seguido o devido processo legal, para que o juiz, como representante do Estado, não abuse do poder que lhe foi conferido e viole os direitos dos apenados.

Por isso, no Brasil, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LIV, afirma que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Brasil, 1988). Ou seja, a Constituição Federal Brasileira estabelece que, para que ocorra a privação da liberdade, é necessário o devido processo legal. Logo, até ser concluído o trânsito em julgado o investigado deve ser considerado inocente.

Aliado a isso, o princípio da Presunção de Inocência é de suma importância para que o Processo Penal ande em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Sobre isso, o Lopes Júnior, afirma que:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 50, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). É fruto da evolução civilizatória do processo penal. Parafraseando GOLDSCHMIDT, se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles (Lopes Júnior, 2021, p. 865, grifo do autor).

830

Assim, percebe-se que o respeito aos princípios Constitucionais, dando ênfase no da Presunção de Inocência, é de extrema importância para que o sistema democrático seja respeitado e preservado, evitando o risco de retrocessos para sistemas ditatoriais e antidemocráticos.

2.1 Instrumentalidade do Processo Penal

O Direito Processual Penal é mais do que a aplicação da pena, ele também deve resguardar os direitos individuais da pessoa que está sendo julgada. Dessa forma, sobre as garantias no Processo Penal, Ferrajoli (2010) afirma que:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumário é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes (Ferrajoli, 2010, p. 556).

Logo, percebe-se que para além de uma aplicação de pena, o Processo Penal deve assegurar os direitos constitucionais dos indivíduos que estão sob sua tutela. Nesse sentido, tem-se,

conforme Ricardo Gloeckner (2010, p. 30), que “a proteção dos direitos fundamentais constitui a única via pela qual o processo penal pode legitimar a pena”.

Dessarte, de acordo com a pirâmide de Kelsen, a Constituição Federal é soberana em relação a todos os outros códigos. Ademais, fica claro que a Constituição Cidadã de 1988 deve ser o guia principiológico do Código de Processo Penal Brasileiro. Tendo em vista que, se não houver uma forma de controle do poder Processual Penal, ele tende a ser autoritário.

Nessa perspectiva, as garantias processuais constitucionais são escudos protetores contra o abuso estatal. Portanto, a função do Juiz é ser garantidor dos direitos do acusado do Processo Penal, e não ser uma das partes de acusação.

Esse sistema garantista, citado acima, está baseado em cinco princípios básicos que ajudam a identificar os abusos de poder, sendo elas: a jurisdicionalidade, princípio acusatório, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e o fundamento das decisões judiciais.

2.1.1 Os princípios da instrumentalidade do Processo Penal

O primeiro princípio que será discutido, de forma geral, é a jurisdicionalidade, o qual afirma que deve haver um juiz imparcial e comprometido em seguir as garantias constitucionais. Conforme afirma Aury Lopes (2021, p. 65), esse princípio deve “orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência, pressuposto da imparcialidade, que deverá orientar sua relação com as partes no processo.”

831

O juiz deve tutelar o indivíduo que está sendo julgado, assim como o absolver caso não haja provas suficientes para provar que cometeu o crime em que está sendo acusado. Quando acontece o crime, o lado mais fraco é a vítima, que teve seu direito violado. Entretanto, no momento que sai do Direito Penal e entramos no Processo Penal, o mais fraco é o acusado que está de frente com toda a força do Estado.

Isso, em nenhum momento, significa que o Estado não deve julgar o acusado por ele ser o mais fraco da relação, e somente diz que o acusado deve ser julgado seguindo os princípios e garantias constitucionais.

Ademais, também temos o princípio acusatório, que, resumidamente, estabelece que a produção de prova deve ser responsabilidade das partes e que o ativismo judicial deve ser evitado. Utiliza-se da máxima *ne procedat iudex ex officio* para garantir que o juiz seja imparcial.

Tem-se, também, o princípio da Presunção de Inocência, que surgiu no direito romano, mas foi seriamente atacado na Idade Média. Novamente, foi reconhecido na Declaração dos

Direitos do Homem de 1789 e, posteriormente, atacado novamente no final do século XIX e início do século XX pelo fascismo.

Para enfatizar sua importância, Gustavo Badaró afirma que:

Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência que é, nas palavras de PISANI, um ‘presupposto implícito e peculiar del processo accusatorio penale’¹⁰³. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana¹⁰⁴. (*apud*, LOPES JÚNIOR, 2021, p. 112).

Dessa forma, o princípio da Presunção de Inocência é a essência da Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal Brasileiro. Esse princípio se encontra no artigo 5º, LVII, da CF/88.

Outrossim, o princípio contraditório e ampla defesa, constitui-se de duas partes distintas do processo. A primeira acontece quando há condições ideais de fala e de oitiva das duas partes de forma que nenhum dos lados seja prejudicado.

De acordo com Fazzalari, o contraditório se divide em duas partes: “no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades”. (*apud*, Lopes Júnior, 2021, p. 122).

Já ampla defesa, divide-se em: i) defesa técnica, que consiste na ideia de ninguém poder ser acusado ou julgado sem um defensor, tendo em vista que o réu tem hipossuficiência técnica, de acordo com o artigo 261 do Código de Processo Penal; e ii) defesa pessoal do acusado, que também se divide em duas partes, quais sejam: positiva (quando o réu, por exemplo, presta depoimento) e negativa (quando o réu utiliza o direito de silêncio).

Por fim, tem-se a necessidade de fundamentar as decisões judiciais, conforme previsto no artigo 93, IX, da CF/88. Esse requisito é utilizado para garantir o controle da eficácia do contraditório e comprovar que existem provas suficientes para derrubar a Presunção de Inocência. Esse princípio é um dos medidores utilizados para averiguar se está acontecendo o devido processo legal e se os direitos fundamentais estão sendo cumpridos.

2.2 Sistemas Processuais Penais

No século XIII, existiam os tribunais da Inquisição, que representam um exemplo clássico de um sistema inquisitorial, nos quais uma mesma pessoa desempenhava diversas

funções dentro do processo, sendo responsável tanto pela instrução quanto pelo julgamento do processo. Dessa forma, não havia a figura do juiz imparcial e a estrutura do contraditório.

Como bem explica o Jacinto Coutinho, “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido” (*apud*, Lopes, 2021, p. 37).

Nesse modelo de Processo Penal, o juiz atua de ofício e afasta a publicidade, visto que nem mesmo os nomes das testemunhas eram acessíveis ao réu. Pode-se dizer, então, que as principais características do sistema inquisitorial são a carga probatória nas mãos do juiz, a violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, uma vez que o juiz atua constantemente de ofício, a falta de imparcialidade do juiz, a ausência de um contraditório e ampla defesa e a desigualdade de armas e oportunidades.

Após isso, surgiu o Sistema Processual Acusatório, no qual é possível perceber, de forma bastante clara, a distinção entre as atividades de acusar e julgar, a iniciativa probatória das partes, o juiz se torna um terceiro imparcial, as partes são tratadas com igualdade, e existe a publicidade do procedimento, entre outras características.

Tirar o juiz dessa figura que detinha o poder instrutório e de julgamento para a de uma terceira parte imparcial, faz com que seja assegurada uma figura dialética. Se a gestão estiver com a prova das partes, e não nas mãos do juiz, significa que, de fato, o juiz será imparcial.

Como ilustra o Lopes Júnior (2021):

Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (Lopes Júnior, 2021, p. 39).

Há ainda a discussão doutrinária acerca do Sistema Misto, que surgiu no Código Napoleônico de 1808, em que o processo é dividido em duas partes: a fase pré- processual e a fase processual.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 coloca o nosso sistema como um sistema acusatório, que deve ser fundamentado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido Processo Penal.

Com a lei n. 13.964/2019, ficou determinado que o Processo Penal deve ser orientado pelo sistema acusatório, aplicando uma nova redação ao artigo 3º - A, ressaltando que o artigo 156, e diversos outros que fazem alusão ao juiz agindo de ofício, estão tacitamente revogados.

2.3 Prisões Cautelares

As prisões cautelares se dividem em prisão preventiva e prisão temporária. Vale destacar que, de acordo com o princípio constitucional de Presunção de Inocência, todos são considerados inocentes até o trânsito em julgado, ou seja, até que haja uma decisão definitiva em juízo, momento em que, se for o caso, será aplicada uma pena de prisão. No que diz respeito às prisões cautelares, é necessário que haja uma ponderação do princípio supracitado, visto que envolve a privação da liberdade antes do julgamento.

Como explica o Lopes Júnior (1987):

[...] as medidas cautelares coercitivas são produto da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito - de um lado a proteção do conjunto social e a manutenção da segurança coletiva dos membros da comunidade frente à desordem provocada pelo injusto típico, através de uma eficaz persecução dos delitos, e, de outro lado, a garantia e a proteção da liberdade e dos direitos fundamentais dos indivíduos que a integram (Lopes Júnior, 1987, p. 450).

O objetivo das medidas cautelares processuais é garantir o desenvolvimento do processo e uma eficaz aplicação do poder de pena. Ou seja, as medidas cautelares são medidas que buscam a tutela do processo.

Corroborando com esse pensamento, Tornaghi afirma que a prisão provisória se baseia no “direito que tem o Estado de exigir dos indivíduos certos sacrifícios para o bem comum”. (Tornaghi, 1988, p. 6).

834

Um dos requisitos para a decretação de uma medida coercitiva é a existência do *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito, especificamente nos moldes do Código de Processo Penal, a prova da existência do crime ou indícios suficientes de autoria.

Além disso, é preciso analisar o *periculum libertates*, que se refere ao perigo que decorre da liberdade do imputado. Ou seja, quando a liberdade do sujeito passivo pode trazer prejuízo para o andamento do processo.

2.4 Da Prisão Preventiva

A prisão preventiva pode ser decretada pelo Juiz ou tribunal que seja competente, sendo sempre necessário a devida fundamentação e requerimento do Ministério Público, ou representação de uma autoridade policial. Essa modalidade de prisão cautelar pode ser decretada no curso da investigação preliminar, ou do processo, e após sentença condenatória recorrível. Assim, fica evidente que o juiz não pode decretar a prisão cautelar de ofício.

Os requisitos da prisão preventiva estão no artigo 312, do Código de Processo Penal, que afirma que essa modalidade cautelar é utilizada para a “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”. Diante disso, faz-se necessário pontuar que só é preciso um desses requisitos para que possa ser justificada a prisão preventiva.

Lopes Júnior (2021) explica que:

Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A “atualidade do perigo” é elemento fundante da natureza cautelar. Prisão preventiva é “situacional” (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual (Lopes, 2021, p. 958).

O juiz deve fundamentar sua decisão de modo que demonstre, com base nas provas que constam nos autos, a probabilidade do *periculum libertatis*. Além disso, o juiz não pode se valer somente de suposição, é imprescindível que ele demonstre os elementos que fundamentam sua decisão no processo.

3 PRISÕES PREVENTIVAS SOB A ÓTICA DO REQUISITO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Como já discutido anteriormente, só é necessário que um dos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, sejam atingidos para que se justifique a prisão preventiva. Acontece que a “garantia da ordem pública” é uma cláusula genérica, sem um conceito definido, podendo ser utilizada de forma arbitrária.

835

Magalhães (2013, p. 120), define a garantia da ordem pública da seguinte forma:

A ordem pública relaciona-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 (Magalhães, 2013, p. 120).

Ademais, Nucci (2020) afirma que o juiz deve observar se houve impacto na ordem pública, nos seguintes moldes:

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. (Nucci, 2020, p. 362).

Percebe-se, então, que até mesmo na tentativa de conceituar a garantia da ordem pública, há uma preocupação com os anseios sociais. Entretanto, o juiz deve ser imparcial não apenas durante o processo, mas também em relação à sociedade, não se deixando influenciar pelos clamores ou revoltas sociais. A única forma de garantir a justiça é julgar sem paixão ou preconceções.

Essa concepção é corroborada por Nicolitt, que destaca que “a garantia da ordem pública não serve como tutela do processo, e sim como uma tentativa de satisfação de um interesse ligado à segurança pública” (Nicolitt, 2006, p. 116).

As decisões do judiciário não devem ser para suprir uma comoção social mas sim devem seguir a legalidade e a Constituição Federal. Por isso, a prisão para a garantia da ordem pública não é constitucional, tendo em vista que é decretada no curso do procedimento e não tem natureza cautelar, como expõe André Nicolitt, em sua obra “As subversões da Presunção de Inocência”.

O Supremo Tribunal Federal consolidou a permanência da prisão preventiva baseada em uma noção de periculosidade do agente. Todavia, a fundamentação do magistrado para retirar a liberdade de um indivíduo pela ideia subjetiva de que o sujeito passivo do processo traz risco à sociedade, porque supostamente é perigoso, é reflexo de uma cultura inquisitorial.

836

O Lopes Júnior (2021), apresenta algumas considerações sobre essa questão:

O que se pretende, na maior parte dos casos, é mostrar a “periculosidade” do réu e sua “propensão ao delito” (pior ainda quando argumentam em torno da “personalidade voltada para o crime” ...), fomentando no juiz um verdadeiro “direito penal de autor” (em oposição ao direito penal do fato), para que o réu seja punido não pelo que eventualmente fez (ou não) naquele processo, mas sim por sua conduta social, vida pregressa, e outras ilações do estilo. Incumbe ao juiz considerar que tais documentos não interessam ao processo, não contribuindo para averiguação daquele fato em julgamento, e determinar o desentranhamento (Lopes, 2021, p. 581).

Portanto, a possibilidade que o investigado seja perigoso ou apresente uma ameaça para a sociedade e, por isso, pelo bem da ordem pública, deve ter sua liberdade retirada fere totalmente os direitos fundamentais do sujeito, já que a prisão está baseada em suposições arbitrárias. O investigado já está sendo julgado antes do fim do processo, por uma discriminação e estimação social ou pessoal por parte do magistrado.

A prisão preventiva deveria ter um caráter cautelar e só deveria ser aplicada para evitar que o acusado inviabilize a sentença ou impossibilite a execução do mandado. Não obstante, o Processo Penal acaba se voltando para a defesa social e para a garantia da ordem pública no

momento de decretar a pena. Conceitos que deveriam ter sido abandonados quando a Constituição brasileira adotou o sistema acusatório.

É possível ver o reflexo desse pensamento na pesquisa de Azevedo (2010), em sua pesquisa “Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal” que

[...] ao questionar procuradores da república sobre quais correntes de pensamento sobre a criminalidade e o sistema penal que eles mais se identificam, obteve as seguintes respostas: 34,7% dos entrevistados disseram se identificar com a defesa social, enquanto apenas 13,2% afirmaram-se filiados ao garantismo penal” (*apud* Leonel e Lima, 2019, p. 15).

Os tribunais se valem da ideia subjetiva da garantia da ordem pública para perpetuar a decretação e a manutenção de prisões preventivas, baseando-se em caráter subjetivos e carregados de estigma.

Cita-se, a exemplo, a seguinte decisão do Supremo Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO. - A habitualidade criminosa do recorrente - que possui vários antecedentes criminais, inclusive, reincidência pelo crime de tráfico de drogas - é fundamento suficiente para a manutenção da custódia cautelar como forma de garantia da ordem pública. Ademais, a gravidade concreta do delito em tese cometido - posse de grande quantidade de droga (mais de 430g de cocaína) - reafirma a periculosidade do agente e a necessidade de se resguardar a tranquilidade ao meio social. Recurso improvido (RHC 32981/MG).

837

Observa-se que uma das justificativas dadas pelo Supremo Tribunal de Justiça para a manutenção da prisão preventiva é “resguardar a tranquilidade ao meio social”. Com a mesma linha de raciocínio, a corte decidiu que:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO CRIME E CLAMOR SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS INEPTAS À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE A JUSTIFICAR A PRISÃO CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. A gravidade do crime e o clamor social não servem à decretação da prisão cautelar. Precedentes. 2. O modus operandi, consubstanciado nos vinte e seis golpes de faca desferidos em vítima indefesa, revela, no entanto, a periculosidade do paciente, justificando a necessidade da manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública. Precedentes. Ordem denegada. (HC 99072/PI, grifos do autor).

Notoriamente, o viés autoritário, mesmo sendo descartado pela Constituição Federal de 1988, move as decisões de decretação e manutenção da prisão preventiva, se utilizando do mecanismo “da garantia da ordem pública” ou para “resguardar a tranquilidade ao meio social” para colocar em prática ideais punitivas e ideias de caráter antidemocrático da presunção de culpa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A “garantia da ordem pública” é um dos pressupostos para justificar a prisão preventiva, determinada no artigo 312, do Código de Processo Penal. Essa medida cautelar, por ter um conceito extremamente vago, possibilita que a prisão preventiva seja baseada na interpretação arbitrária do julgador.

A simples possibilidade de o magistrado poder utilizar de uma justificativa tão ampla e incerta, como a garantia da ordem pública, que pode mascarar uma parcialidade ou até mesmo o anseio de corresponder à um clamor social, para privar um indivíduo de sua liberdade antes do trânsito em julgado, demonstra como o Código de Processo Penal brasileiro ainda mantém raízes profundas e resistentes no sistema inquisitorial, mesmo após a Constituição Federal de 1988 e a lei 13.964/2019.

A “garantia da ordem pública” nada tem relação com a integridade do processo e sua preservação, já que não tem associação com preservação de testemunhas ou de provas, e consiste em um preconceito ao sujeito passivo dessa relação jurídica.

É notório, portanto, que a sociedade, os aplicadores da lei e até o Código de Processo Penal ainda são influenciados pela ideia punitiva do sistema inquisitorial, o que se reflete na aplicabilidade do artigo 312 da lei 3.689/41, que deveria ser utilizado em *ultima ratio*, principalmente quando empregada a justificativa da garantia da ordem pública, uma é herança do sistema acusatório. Assim, seu uso, muitas vezes motivado pelo desejo de punir, afasta-se da Constituição Federal de 1988, especialmente dos princípios do contraditório e ampla defesa e do princípio da Presunção de Inocência.

838

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. BRASIL. Acesso em: 09 de maio de 2024.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 05 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei do Pacote Anticrime**. Lei nº 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm . Acesso em: 18 de abril de 2024.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 191 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2010. Fundamentos da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. *Revista Jurídica: Faculdade de Direito de Curitiba*, n. 11, p. 47 -69, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2009

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Curitiba, 2010. 637f. Tese (Doutorado em Direito) –Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. Revista dos Tribunais, ano 87, v. 1971.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LEONEL, Juliano de Oliveira; LIMA, Marcus Vinicius do Nascimento. Etiologia criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Goiânia, v. 5, ed. 1, p. 42-62, 2019.

MAGALHÃES, Giovana Farias Fernandes. **Transação penal: uma análise crítica à luz da instrumentalidade garantista do processo penal**. Orientador: Prof. Vallisney de Souza Oliveira. 2018. 47 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharela em Direito.) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23738/1/2018_GiovavaFariasFernandesMagalhaes_tcc.pdf. Acesso em: 10 abr. 2024.

MEIRA, Áquila de Oliveira; ROCHA, Gabrielly Rosa. **A Garantia da Ordem Pública como Fundamento para Decretação da Prisão Preventiva**. DSpace Doctum: Repositório Institucional, 10 dez. 2021. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3806/1/A%20GARANTIA%20DA%20ORDEM%20P%20C%209aBLICA%20COMO%20FUNDAMENTO%20PARA%20....pdf>. Acesso em: 16 abr. 2024.

NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 163 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 16º ed. São Paulo: Editora Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 18º ed. São Paulo: Editora Forense, 2020.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. vol 2, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da Silveira. A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **Revista da faculdade de Direito**, p. 32, dezembro/2015. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1734>. Acesso em: 1 fev. 2024.