

A INCONSTITUCIONALIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DAS PRISÕES PREVENTIVAS

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE GUARANTEE OF PUBLIC ORDER AS THE FOUNDATION OF PREVENTIVE ARRESTS

Silvia Danielly do Espírito Santo Cabral¹
Geanini Eriko de Sousa Araújo²

¹Universidade Federal do Pará - UFPA, Brasil

²Faculdade Estácio de Castanhal, Brasil

Resumo

A prisão preventiva é o instituto muito utilizado no processo penal. Esta privação da liberdade pode ser decretada com fundamento na garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou para garantir a ordem pública.

Este último fundamento é objeto de intensa discussão no meio acadêmico sobre seu conceito e delimitação semântica. A partir da Teoria da Cautelaridade, dos princípios, direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, é possível notar que a discutida garantia da ordem pública não possui qualquer cautelaridade processual, bem como é inconstitucional.

Palavras-chave: garantia da ordem pública; prisão preventiva; teoria da cautelaridade

Abstract

Pretrial detention is the most used institute in criminal proceedings. This deprivation of liberty may be decreed based on the guarantee of economic order, for the convenience of criminal instruction, to ensure the application of criminal law or to guarantee public order.

This last foundation is the subject of intense discussion in academia about its concept and semantic delimitation. And from Precautionary Theory, principles, fundamental rights and guarantees enshrined in the Federal Constitution of 1988, proves that discussed the guarantee of public order has no procedural pledge and is unconstitutional.

Keywords: guarantee public order; pre-trial detention; precautionary theory

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, as decisões que decretam a prisão preventiva baseadas na garantia da ordem pública trazem à tona a insegurança jurídica tendo em vista sua ampla interpretação e arbitrariedade da autoridade competente para decretá-las, bem como a sua banalidade em face de sua recorrente utilização.

Outrossim, não se pode olvidar a abordagem desta expressão à luz da teoria da cautelaridade, norteadora do sistema cautelar polimorfo adotado pelo direito processual penal.

Por fim, é importante trazer à baila a duvidosa guarida constitucional, que neste artigo será apresentada, dentro dos limites trazidos pelos princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais.

2. TEORIA DA CAUTELARIDADE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Antes de qualquer análise acerca da inconstitucionalidade da garantia da ordem pública como fundamento à decretação da prisão preventiva, cabe destacar sua verdadeira função. Ou seja, a que se presta privar alguém presumidamente inocente de seu direito fundamental de liberdade para o direito processual penal?

Desta forma, não se pode olvidar a teoria da cautelaridade, os princípios constitucionais que a fundamentam e a regra principal regra de tratamento ao imputado: o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, para se decretar a prisão preventiva obrigatoriamente precisa se ponderar os direitos individuais do agente que poderá sofrer a medida extrema com a real necessidade de resguardar o bom andamento processual. Em outras palavras, é o que trata a teoria da cautelaridade, a qual, pela necessidade e adequação, reveste-se de princípios e garantias dispostos na Carta Magna que se materializam em medidas cautelares a fim de tutelar o processo e conduzi-lo à normalidade de sua marcha durante a instrução criminal.

Para Schietti Cruz (2023), em face dessa teoria, qualquer medida cautelar que no caso concreto, garanta o resultado útil ao processo poderá ser aplicada, ainda que seja também perfeitamente cabível a prisão preventiva. Esta sim, de extrema gravidade, deve ser a última opção judicial quando comparada com medidas diversas da prisão que demonstrem aplicação cautelar. O que deve nortear a decisão judicial são os princípios constitucionais da presunção de inocência, da proporcionalidade, do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, ampla defesa e contraditório, prazo razoável.

Neste ponto, cumpre enaltecer a vital importância dos princípios no processo penal, pois são eles que orientam e equilibram a coexistência das prisões cautelares e a presunção de inocência. O jurista Lopes Junior (2023, p. 696) elenca em sua obra os princípios basilares que devem estar presentes quando a prisão é decretada, quais sejam: a motivação, a jurisdicionalidade, o contraditório, a provisionalidade e atualidade do perigo, a provisoriedade, a proporcionalidade e a excepcionalidade.

O primeiro fundamental princípio admitido como condição de validade à medida cautelar extrema é o da motivação, pelo qual a decisão judicial que decreta a prisão cautelar deve obrigatoriamente ser fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Carta Maior (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”), bem como no artigo 315 do Código de Processo Penal (“A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”). Além disso, a Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime), ao incluir o §2º do artigo 315 do CPP, pormenorizou o que não se entende como fundamento para uma decisão acerca da prisão preventiva. Isso reforçou o que a própria Constituição Federal já expunha acerca das decisões fundamentadas, bem como esmiuçou que as decisões devem se pautar pela estrita legalidade e segurança da liberdade individual.

Nesse sentido, acrescenta Duclerc (2011, p. 390) que a fundamentação dessas decisões que decretam ou mantêm qualquer prisão processual deve estar pautada também em aspectos que se referam à exigência de proporcionalidade e excepcionalidade da medida.

Diverso do significado dispensado ao princípio da jurisdicionalidade mencionado por Ferrajoli como o axioma 07 do garantismo penal (*nulla culpa sine iudicio*), o qual dispõe não haver culpa sem juízo; na prisão cautelar, entende-se por este princípio que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada de autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado, conforme o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal e o artigo 283¹, caput, do Código de Processo Penal.

1 Sobre o assunto, vide o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, nas quais o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o artigo 283 do CPP. Isso reforça que o princípio da presunção de inocência não pode ser relativizado e deve ser usado como regra de tratamento ao acusado. Ademais, no julgamento, o STF reafirmou que a execução antecipada da pena se mostra inconstitucional.

Sob a ótica global do processo penal, o princípio do contraditório constitui um instrumento que confronta as hipóteses apresentadas pela acusação e aquelas sustentadas pela defesa, e ainda entre as provas e contraprovas, segundo Ferrajoli (2010, p. 564). Constitui o axioma 10 do garantismo penal para este jurista.

No que tange a este princípio, sob o âmbito das prisões cautelares, para Duclerc (2011, p. 390), somente deveria haver a decretação de uma prisão preventiva com a devida oportunidade da defesa se manifestar e combatê-la.

Nesse sentido, o § 3º do artigo 282, do Código de Processo Penal (atualizado pela Lei nº 13.964/2019) expressamente trouxe contraditório para as medidas cautelares. Segundo o referido parágrafo:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

Isso demonstra que atualmente é regra o direito ao contraditório nas cautelares. Sendo tal direito excepcionado nos casos de urgência ou de perigo, desde que devidamente justificada e fundamentada a decisão que decretar a prisão preventiva.

Assim, observa-se que o processo penal, quanto às cautelares extremas, deu relevância à aplicação desse princípio já consagrado no artigo 5º, inciso LX, da Carta Magna.

Quanto ao princípio da provisionalidade, este se faz presente na prisão cautelar, eis que norteia uma situação fática enquanto ela durar. Isto é, quando não houver a necessidade da privação da liberdade devido à ausência de cautelaridade processual, a soltura é medida que se impõe, com a aplicação de medidas cautelares diversas, consoante dispõe o artigo 282, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal.

Ligado ao princípio acima citado está o princípio da atualidade ou contemporaneidade do perigo. Descrito no § 2º do artigo 312, do CPP (que fora incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), o qual dispõe que a decisão que decreta a prisão preventiva deverá ser motivada e fundamentada no receio de perigo e na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação de tal medida.

Já o princípio da provisoriedade constitui um dos principais instrumentos que deveria dosar a duração de uma prisão cautelar, conforme explica Lopes Junior (2023, pp. 702-703). Seu significado e função se atrelam ao tempo, de maneira que enquanto subsistir cautelaridade, a prisão se mantém (independentemente do fim da instrução, vez que não implica no término do processo).

Esse princípio ganhou destaque com a Lei nº 13.964/2019, a qual incluiu o Parágrafo Único no artigo 316 do CPP. Conforme a novidade legislativa, a necessidade de manutenção da prisão preventiva deverá ser reavaliada a cada 90 (noventa) dias. Isso conferiu um enorme avanço diante de situações em que pessoas ficavam presas por meses, ou anos, sem revisão da real necessidade de manutenção da cautelar extrema.

Assevera-se que, para o STF, a inobservância do prazo de 90 dias não implica em revogação da prisão preventiva, não se reconhecendo automaticamente a ilegalidade da prisão². No mesmo sentido, segue o STJ, pelo qual “o prazo de 90 dias previsto no parágrafo único do art. 316 do CPP para revisão da prisão preventiva não é peremptório, de modo que eventual atraso na execução do ato não implica

2 Sobre o assunto, vide o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6581 e 6582 ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Na decisão da Corte, fixou-se a interpretação conforme a Constituição ao parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Para o STF, o dispositivo questionado não estabelece um prazo máximo para a prisão preventiva, mas um dever geral e periódico de fundamentação, pelo magistrado, das razões da sua decretação.

reconhecimento automático da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade”³.

Sendo assim, nota-se que a provisoriedade da prisão está atrelada ao tempo razoável estabelecendo conexão direta com a marcha processual e a formação de culpa.

Outro importante princípio norteador das prisões cautelares é o da proporcionalidade. Embora não expresso na Constituição Federal, pode-se observar sua presença no que diz respeito aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial, a construção de uma sociedade livre e justa (artigo 3º, inciso I). Fala-se em liberdade, pois deve prevalecer diante de qualquer outro valor quando sopesados e a justiça, que permite a correta aplicação da cautelaridade como medida de restrição da liberdade.

A proporcionalidade relaciona-se à valoração da aplicação da prisão cautelar com a finalidade a ser alcançada, ou seja, a ponderação entre a necessidade e a adequação ao caso concreto. Perante a polimorfologia do sistema cautelar, caso a restrição da liberdade seja medida extrema, cabe ao juiz aplicar uma medida cautelar diversa, quais sejam, aquelas expressamente dispostas no Código de Processo Penal.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo, que deve servir como diretriz para a construção, interpretação e aplicação das normas constantes no ordenamento jurídico. Segundo, Cunha e Novelino (2021, p. 17), esse princípio constitucional impõe o reconhecimento de que a pessoa humana constitui o objetivo supremo da ordem jurídica.

Para Duclerc (2011, p. 391), a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à proporcionalidade, na medida em que não se pode impor ao acusado medida extrema degradante a sua condição de presumidamente inocente. Ressalta-se que diante da situação carcerária no Brasil, o juiz deve saber para onde está mandando o preso provisório e se sinta responsável pelas consequências de sua decisão.

Por fim, o princípio da excepcionalidade deve estar presente nas prisões por serem estas a última *ratio* das medidas cautelares. Aquelas estão relacionadas também ao princípio da proporcionalidade, devendo ser medidas impostas quando nenhuma outra se mostrar suficiente, adequada e cabível ao caso concreto. É o que dispõe o artigo 282, § 6º, bem como o artigo 310, inciso II, in fine, ambos do Código de Processo Penal.

Lopes Junior (2023, p. 707) critica a maneira como o princípio da excepcionalidade foi deixado de ser empregado nas prisões cautelares. O autor destaca a banalização do emprego da privação da liberdade, a qual se tornou regra. Citando Ferrajoli, afirma que o comum passou a ser aplicar o castigo para depois se processar, devido ao mau uso do verdadeiro significado de uma prisão cautelar.

Nesse ponto, cumpre trazer à baila apontamentos acerca do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento ao imputado.

Instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estado Democrático de Direito contém elementos transformadores da realidade e soluções de mazelas inerentes às condições materiais de existência.

Conforme os ensinamentos de Streck e Moraes (2000, p. 90), esse modelo de Estado traz consigo o princípio da constitucionalidade, vez que o instrumento basilar de garantia jurídica é a Constituição. Outrossim, dispõe sobre um sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, entre elas a garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse sentido, consagrado está, no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88 e artigo 8º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴, o princípio da presunção ou estado de inocência ou da situação

3 Jurisprudência em Teses, edição nº 184, publicado em 21/01/2022.

4 Esta Convenção foi redigida em 22 de novembro de 1969 em São José da Costa Rica e passou a ser válida no Brasil a partir do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

jurídica de inocência ou da não culpabilidade que rege a relação entre o Estado punitivo e o imputado, o qual é inocente até prova em contrário por sentença condenatória transitada em julgado. Visto por alguns doutrinadores de forma bidimensional: como norma de tratamento ao acusado e como norma probatória; para outros doutrinadores, acrescenta-se a dimensão de norma de julgamento. É indubitavelmente o princípio mais importante no âmbito das prisões processuais.

Para Luigi Ferrajoli (2010, p. 506), é um princípio fundamental de civilidade, consequência de uma visão garantista sob a preferência em deixar um culpado impune a ter que punir um inocente.

Este princípio se consolidou na Idade Moderna, época em que merece destaque a afirmação de Cesare Bonesana (2011, p. 37), para o qual um homem somente pode ser considerado culpado por um crime depois da sentença do juiz e tampouco a sociedade pode retirar a proteção pública antes da decisão que o condene por ter violado o pacto com o qual esta proteção foi criada.

Processualmente, este princípio pressupõe duas regras na relação do Estado com o imputado: uma de incumbência do ônus da prova da existência de fato e indícios de autoria exclusivamente à acusação (regra probatória); e outra ao tratamento dado ao imputado, tendo em vista ser presumidamente inocente, devendo ser tratado desta forma.

Da primeira regra deriva o princípio do *in dubio pro reo*, pois não há a necessidade de um inocente provar o que é verdadeiro, restando, portanto, em caso de dúvida, a sua absolvição. Já a segunda se origina do direito à liberdade, pelo qual somente será suprimido pela certeza da culpabilidade do acusado, explica Alberto Binder (apud DUCLERC, 2011, p. 33).

Concernente à segunda regra, a relevância do estado da presunção de inocência é notória, eis que o imputado não poderá sofrer antecipadamente os efeitos de uma eventual condenação, conforme lembra Duclerc (2007, p. 278). Daí a importância da excepcionalidade das prisões cautelares e de toda medida constritiva de direitos.

Da mesma forma, Eugênio Paceli de Oliveira (apud DUCLERC, 2011, p. 32) assevera que o agente, durante o processo penal, não deve sofrer restrições em seus direitos pessoais sob o fundamento exclusivo de uma possível condenação penal.

Assim também é o posicionamento de Rogério Schietti Cruz (2023, p. 76), o qual afirma que o princípio da não culpabilidade exige por parte do Estado um tratamento ao acusado com respeito a sua dignidade e a sua pessoa diferenciando do preso definitivo. Por este princípio, cria-se uma regra que veda qualquer equiparação do preso provisório ao preso condenado.

É por este princípio que o juiz presume que o agente atenderá aos chamados do Estado no processo penal, caso contrário, terá o julgador motivos fáticos para decretar a prisão preventiva, conforme afirma Carnelutti (apud LOPES JUNIOR, 2000, p. 17).

Tal presunção deverá obrigatoriamente ser preservada até o momento do julgamento do agente, levando em consideração que se vive em um Estado Democrático de Direito, no qual os requisitos jurídicos, bem como os factuais nortearão a decisão do Estado-juiz em decretar ou não uma medida cautelar.

Com isso, não se está afirmando que supostos criminosos devam responder ao processo em liberdade, mas tão somente que as decisões em que as prisões preventivas foram decretadas sejam cuidadosamente fundamentadas e conduzidas pela presunção de inocência, além de respeitarem o princípio da motivação.

Importante lembrar que a presunção de inocência não é gradualmente enfraquecida com sucessivas decisões que pressupõem serem desfavoráveis ao agente preso, tais como os atos que dão andamento ao processo: recebimento da denúncia, citação, audiência de instrução e julgamento, sentença recorrível.

Ademais, devem ser evitadas as decisões que mantenham a prisão preventiva que se fundamentem apenas no “princípio da confiança do juiz da causa”, uma vez que desvirtuam a própria análise da real necessidade da medida extrema. Esse pseudoprincípio confronta a presunção de inocência e a democracia, afirmam Streck e Oliveira (2012, p. 79), possuindo caráter extremamente inquisitivistista.

Desse modo, a prisão preventiva somente servirá para garantir o bom andamento processual, ou seja, se a prisão cumprir uma função cautelar. Entende-se, com isso, que a prisão como resultado de uma sentença condenatória somente poderá ser decretada antes caso haja prejuízo ao bom andamento da marcha processual, desde que estejam presentes o *fumus commissi delicti*⁵ e o *periculum libertatis*⁶.

Em todo caso, é sempre necessário observar que a prisão será a última *ratio* para assegurar o referido andamento processual. Isso se dá porque quem sofrerá as consequências de tal medida extrema será alguém presumidamente inocente, conforme determinação constitucional.

3. ANÁLISE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”

A prisão cautelar objetiva aplicar o direito material, mas sua finalidade imediata é garantir a eficácia do procedimento que resultará na própria aplicação do direito material, é o que explica Lopes Junior (2023, p. 774).

As medidas cautelares servem como instrumentos assecuratórios do eficaz funcionamento da Justiça por meio do devido processo penal. Desta feita, segue este autor a explicar que são instrumentos do processo, razão pela qual tais medidas possuem instrumentalidade qualificada.

Tudo que foge a essa finalidade não é cautelar, tendo em vista que somente se deve tratar como cautelar a medida que serve para assegurar o resultado útil ao processo penal. Consequentemente, o que não tem esse caráter é logicamente inconstitucional.

Na mesma lógica, é o entendimento de Ferrajoli (2002, p. 444), quando critica a mutação da prisão cautelar, que deveria ser apenas um instrumento estritamente voltado ao processo, e passou a se tornar um instrumento de defesa social e prevenção de novos delitos. Para o autor:

um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitativa, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida “processual”, “cautelar” ou até mesmo “não penal”, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo.

Da mesma forma, para Delmanto Júnior (2001, p. 83), a prisão cautelar possui caráter instrumental, eis que não se pode confundir com a pena. A prisão preventiva, dessa forma, somente serviria para o bom andamento processual penal e para o resguardo da eficácia de decreto condenatório.

Nesse condão, segue a prisão preventiva fundamentada pela garantia da ordem pública, eis que em nada protege o bom andamento processual. É o que defende Lima (2003, p. 155), uma vez que a prisão preventiva, baseada na garantia da ordem pública, perderia o caráter cautelar para se tornar uma medida de presunção de periculosidade do agente, baseado tão somente na suspeita do crime cometido. Segundo a autora, as prisões preventivas, fundamentadas na garantia da ordem pública, são antecipações da execução da pena, e por isso contrariam o princípio constitucional da *nulla poena sine iudicio* (nos termos do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal).

A garantia da ordem pública nada mais é que um conceito aberto e vago. É uma expressão de termos genéricos, indeterminados, podendo ser atribuído qualquer significado, mesmo assim admitidos como “embutidos de neutralidade” e apropriados a uma ordem reguladora que legitima o uso da força e coerção. O referido termo dá margem à jurisprudência e à doutrina para ampla interpretação que, por vezes fogem da legalidade e até mesmo da constitucionalidade.

5 Dispostos no artigo 312, caput, do Código de Processo Penal, constituem pressupostos da prisão preventiva, quais sejam, a prova da materialidade do crime e indício suficiente de autoria.

6 Consta no mesmo artigo 312, caput, do CPP. São as hipóteses de justificação da prisão preventiva: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; e aplicação da lei penal. Outra hipótese encontra-se no artigo 282, §4º do mesmo código: descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Esse conceito indeterminado, explica Sanguiné (2014, p. 299), de ordem pública – inserido em um Código de Processo Penal autoritário com aspirações fascistas do Código Italiano de Mussolini – infelizmente possibilita o arbítrio nos decretos de prisão preventiva, em especial em desfavor de pessoas desprovidas de recursos, materiais e culturais, que sofrem a repressão penal autoritária e extremamente discriminatória.

Tal fundamento possui uma “anemia semântica”, explica Moraes da Rosa (apud Lopes Junior, 2023, p. 99), na medida em que se criam argumentos falsificados para se construir artificialmente os motivos da prisão. Além disso, como não possui parâmetros conceituais, o decreto da custódia cautelar fica ao arbítrio do julgador entender o que é ou não a ordem pública, lembra Choukr (2011, p. 80) que segue afirmando:

A ausência de parâmetros faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido.

Observa-se que a garantia da ordem pública significa evitar a reiteração delitiva, a gravidade ou magnitude do crime, a periculosidade do acusado, garantia da paz social, evitar o abalo social, preservar a credibilidade da Justiça, preservar a credibilidade das Instituições, pela repercussão social, para servir de exemplo a outros possíveis criminosos, para dar segurança ao investigado⁷. Tais argumentos falsificados não têm relação com a lógica da cautelaridade processual e com os fins pelos quais a prisão preventiva foi criada. Sobre esses argumentos, Moraes da Rosa (apud Lopes, 2023, p. 99) afirma que são falsificados pela construção artificial da linguística e são irrefutáveis na medida em que são inverificáveis, pois a justificativa (“risco” de fuga, por exemplo) desaparece quando é decretada a prisão.

Pode-se dizer que são conceitos indeterminados frutos da opinião pública, da opinião publicada pelos veículos de comunicação e pelo “achismo” jurídico, o qual é oriundo da opinião pública forjada no calor das emoções midiáticas. Em outras palavras, a arbitrariedade do juiz está atrelada à opinião do público quando, para garantir a ordem pública, decreta a custódia cautelar de alguém, e acaba por não conseguir distinguir o direito material do processual penal, afirma Sanguiné (2003, p. 115).

Servem apenas, segundo o mesmo autor (2003, p. 114), como elementos exóticos à cautelaridade do processo penal, sendo questionáveis do ponto de vista jurídico-constitucional e da perspectiva político-criminal. Conclui-se que a prisão preventiva, com base em garantir a ordem pública, tem caráter de antecipação de pena na medida em que possa cumprir fins de prevenção geral, especial e retribuição (funções exclusivas da pena).

Inconcebível é essa função da prisão preventiva, eis que afronta diretamente os direitos e garantias fundamentais como a liberdade e o devido processo legal. Ademais, ofende diretamente os princípios da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana, consagrados na Constituição Federal, que salvaguardam a liberdade de locomoção e tratamento digno ao agente. Por isso, o Estado-juiz deve tratar o acusado como presumidamente inocente até sentença final transitada em julgado.

Portanto, decretar a prisão de alguém presumidamente inocente, sob o fundamento da garantia da ordem pública, é claramente inconstitucional, sem vínculo algum com o processo e seu bom andamento, principalmente quando se utiliza o argumento de evitar a reiteração delitiva. Isso mostra que o Estado está antecipando o cumprimento de pena do acusado (presumidamente inocente), uma vez que a prisão pena já possui como uma de suas finalidades a cessação da reiteração delitiva.

É desarrazoado pensar que, em um Estado Democrático de Direito, a prisão preventiva (vista como a medida extrema e, portanto, última opção das medidas cautelares) seja usada de forma desenfreada e

⁷ Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no Informativo nº 426, explica que a prisão preventiva justifica-se desde que demonstrada sua real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP, não bastando a mera explicitação textual de tais requisitos. Em outras palavras, é necessário fundamentos do caso em concreto, não meros motivos abstratos. Além disso, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas com base na gravidade abstrata do delito, na periculosidade presumida do agente, no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa, ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (por exemplo, vide HC 213438 AgR, relator: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 10/10/2022, publicado em 18/11/2022).

a qualquer preço, violando a proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 a qualquer cidadão (preso ou não) e, conseqüentemente, a tudo que prega a teoria da cautelaridade e os princípios que esta teoria se firma (motivação, jurisdicionalidade, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, proporcionalidade e excepcionalidade).

Sob a ótica dos princípios, não há qualquer motivação em uma decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva apoiada em argumentos genéricos (“falsificados”). E mesmo decretada pelo juízo competente, não há qualquer chance do acusado se defender antes do arbítrio que é a decisão que decreta a prisão preventiva com bases vagas não conexas ao processo. Outrossim, não é difícil concluir que sem cautelaridade fica inaplicável o princípio da provisionalidade. Também resta sem uso a provisoriedade, eis que embora a lei tenha expressamente mencionado que a prisão preventiva será reavaliada a cada 90 dias, esse dever temporal foi relativizado pelo Supremo ao asseverar que a inobservância do prazo de 90 não implica em revogação da prisão preventiva, não se reconhecendo automaticamente a ilegalidade da prisão, portanto, não é um prazo peremptório.

Além disso, nunca será proporcional a custódia preventiva que fugir da função para a qual foi criada e já mencionada e, por certo, sem qualquer excepcionalidade, uma vez que a utilização da privação da liberdade é bastante utilizada.

Para se comprovar os argumentos acima, o Conselho Nacional de Justiça, em 2021, publicou “Dados gerais sobre a prisão em flagrante durante a pandemia de Covid-19”, no qual analisou 150.965 (cento e cinquenta mil, novecentos e sessenta e cinco) Autos de Prisão em Flagrantes (APFs) em todos os estados brasileiros e no Distrito Federal, entre março e dezembro de 2020, durante o contexto excepcional da pandemia de Covid-19.

Por meio dessa análise, o CNJ pôde verificar que 50% (cinquenta por cento) das decisões judiciais proferidas converteram a prisão em flagrante em preventiva (caderno 1, p. 52):

A decretação da prisão preventiva prevaleceu como a decisão mais adotada por parte das autoridades judiciais, o que corresponde a 50% do total das decisões proferidas, representando o montante de 72.320 indivíduos presos provisoriamente no período. Os resultados deste estudo apontam que a conversão do flagrante em prisão preventiva ainda foi a regra na análise judicial dos APFs, cujo uso desproporcional é incompatível com o seu caráter de instrumentalidade e cautelaridade em relação ao processo penal.

O resultado expresso pelo Conselho Nacional de Justiça forneceu um retrato das decisões judiciais brasileiras, de forma a comprovar que os magistrados majoritariamente ainda utilizam como regra a prisão preventiva como medida cautelar, mesmo que durante a pandemia de Covid-19, desmerecendo as demais medidas cautelares diversas da restrição de liberdade.

Mesmo mostrando-se como regra e não exceção, a decisão que decreta a prisão preventiva deve estar fundamentada em elementos concretos que se relacionem diretamente com processo penal e com a situação fática do agente, não podendo ser utilizada como mero instrumento de segurança pública. O Estado-juiz deve atrelar-se aos limites necessários a acautelar o bom andamento processual.

Assim, antes de decretá-la, deve se atentar aos direitos e garantias fundamentais consagrados na Carta Maior, sobretudo, à presunção de inocência, liberdade, o devido processo legal e dignidade da pessoa humana. Isto é, deve se observar que as garantias constitucionais ocasionam a vedação do uso preventivo do *ius puniendi* do Estado e do uso do fundamento de ordem pública como barreira ao exercício de certos direitos fundamentais de liberdade da pessoa humana.

4. CONCLUSÃO

A partir da análise da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, verificou-se que este fundamento possui conceito indeterminado, o qual varia de juízo para juízo. As expressões usadas por estes julgadores quando tentavam conceituar a garantia da ordem pública foram: para evitar a reiteração delitativa; a gravidade do crime; a periculosidade do acusado; em garantia da

paz social; para evitar o abalo social; preservar a credibilidade da Justiça; preservar a credibilidade das Instituições; e com base na repercussão social.

Observou-se que esse conteúdo semântico atribuído à garantia da ordem pública encontra guarida na jurisprudência e na doutrina, ainda que tenha havido uma recente alteração legislativa, a qual, pela Lei 13.964/2019, manteve-se um sistema cautelar polimorfo (diversas medidas cautelares alternativas à prisão).

Atentou-se não ter sido em vão o conceito vago atribuído à expressão garantia da ordem pública, eis que sua criação teve influência nazifascista, no qual se buscava uma autorização geral e aberta para prender.

Mas se pode ir além, por ser de conteúdo impreciso, os juízes acabam por tentar conceituar a garantia da ordem pública ao sabor de sua arbitrariedade que, inevitavelmente, é influenciada pela opinião pública e publicada pela mídia. Desta forma, conclui-se que a ampla utilização da expressão “garantia da ordem pública” se dá pela sua ampla interpretação vaga e conteúdo indeterminado, o que pode encaixar em qualquer caso, pois dependerá exclusivamente do entendimento do juiz.

Essa concepção acerca da prisão preventiva como forma de satisfazer a qualquer custo a justiça em um caso concreto, bem como instrumento de segurança pública denotam não cumprir a função cautelar. Em outras palavras, observou-se que a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública constitui uma verdadeira antecipação de pena e uma afronta direta ao princípio da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, legalidade, concluindo que em nada servem para assegurar o bem andamento processual, sendo, portanto, inconstitucional.

Destarte, é imprescindível que saia do ordenamento jurídico o fundamento “garantia da ordem pública” para decretar ou manter a prisão cautelar, eis que além de em nada contribuir para o devido andamento processual é evidentemente inconstitucional.

Enquanto isso não ocorre, o juiz deve ter a consciência da evidente inconstitucionalidade de tal instituto a fim de abandoná-lo ao decidir pela privação da liberdade de alguém.

Apesar de ser amplamente discutida a sua inconstitucionalidade e mesmo sendo bastante usada é imprescindível manter o debate sobre o inadequado emprego cautelar dispensado à garantia da ordem pública, uma vez que a inércia do agente do Direito em nada contribuirá para a efetivação da mudança do estado (velho) atual de nossa legislação processual penal. Isso também em nada contribuirá para a alteração do entendimento dos julgadores que são influenciados aos sabores exógenos da ampla interpretação dada ao termo “garantia da ordem pública” pela doutrina, pela jurisprudência e pela opinião pública.

5. REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- BECCARIA, Cesare. **Do Delito e Das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 de junho de 2023.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 de junho de 2023.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 31 de maio de 2023.

- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual: comentários à Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados gerais sobre a prisão em flagrante durante a pandemia de Covid-19**. Caderno 1. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/cadernol-dadosgerais-prisao-flagrante-durante-pandemia-covid-19.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2023.
- CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DUCLERC, Elmir. **Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil – O problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo, ano 15, n. 64, p. 274-296, jan./fev. de 2007.
- _____. **Direito Processual Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIMA, Camila Eltz de. **A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: inconstitucionalidade à luz do garantismo penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, a. 3, n. 11, p. 148-161, 2003.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- _____. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 9ª ed. São Paulo: SaivaJur, 2023.
- _____. **Breves considerações sobre o requisito e o fundamento das prisões cautelares**. Informativo ITEC, Porto Alegre, ano II, nº 5, p. 14-17, abr/jun de 2000.
- SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva**. Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, ano 03, n. 10, p. 113-120, 2003.
- _____. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em teses**. Edição nº 184. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/12339/12443>. Acesso em 05 de junho de 2023.