

## **INTRODUÇÃO**

O objetivo desta pesquisa é realizar uma análise breve das prisões cautelares, com ênfase na prisão preventiva, abordando especificamente o conceito e a constitucionalidade do requisito "garantia da ordem pública".

O estudo será embasado nos direitos fundamentais, tendo como base a regra da liberdade, em consonância com a garantia da dignidade da pessoa humana, entendendo que sua privação só é admissível em casos excepcionais, devidamente justificados dentro dos limites legais e em conformidade com as premissas constitucionais. Em particular, será considerado o princípio da presunção de inocência, que é um direito fundamental de qualquer cidadão e implica que ninguém pode ser submetido ao encarceramento precoce antes de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Assim, tratar da prisão cautelar preventiva no processo penal e sua finalidade para a persecução penal inserida no atual Estado Democrático de Direito, além de determinar características específicas para a legítima aplicabilidade com a devida proporcionalidade.

Sem avaliar os requisitos indispensáveis para a prisão preventiva não é Constitucional condenar de modo prévio apenas para garantia da ordem pública, A gravidade da prisão, a necessidade de resguardar a credibilidade da Justiça e a possibilidade de o acusado voltar para o crime não podem, por si só, fundamentar decreto de prisão preventiva.

Além disso, será abordado o cabimento e a necessidade da medida cautelar de prisão preventiva em casos relacionados à ordem econômica. O objetivo específico do estudo será tratar da prisão cautelar preventiva e de seus requisitos existentes para a razoabilidade legítima, aplicada de maneira a respeitar os princípios e fundamentos constitucionais e garantir a proteção e a instrumentalidade do processo penal.

Contudo, faz-se necessária uma análise crítica sobre a utilização da prisão preventiva no sistema penal brasileiro, com o objetivo de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e aprimorar a aplicação da justiça criminal.

## **DESENVOLVIMENTO**

O projeto de lei do pacote anticrime (PL 10372/18) muda as regras das chamadas medidas cautelares, principalmente a prisão preventiva. As medidas cautelares são aquelas que podem ser impostas ao suspeito para evitar que ele interfira na investigação, prejudique testemunhas ou vítimas ou mesmo fuja. Ao contrário do que prevê atualmente o Código de

Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41), o juiz não poderá mais decretar uma medida cautelar por conta própria (de ofício), sem pedido das partes, do delegado ou do Ministério Público.

Os casos de urgência e de perigo deverão ser justificados e fundamentados na decisão. Nos demais casos, o juiz deverá dar prazo de cinco dias para aquele que pode ser atingido pela medida se manifestar. Embora o juiz não possa mais decretar a medida cautelar de ofício, poderá substituí-la por outra ou revogá-la se não houver mais motivo. Da mesma forma, poderá voltar a decretá-la se outras razões surgirem (LOPES JÚNIOR, 2022).

A questão da inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública diz respeito à possível violação de princípios fundamentais consagrados na Constituição, como o princípio da presunção de inocência e o princípio da proporcionalidade (LOPES JÚNIOR, 2022).

A prisão preventiva é uma medida cautelar excepcional que pode ser aplicada durante o processo penal com o objetivo de assegurar a efetividade da persecução criminal. No entanto, quando a prisão é decretada exclusivamente para garantir a ordem pública, sem a presença de elementos concretos que indiquem perigo concreto e imediato, há uma tensão com o princípio da presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2022).

O princípio da presunção de inocência estabelece que toda pessoa é considerada inocente até que sua culpa seja comprovada por meio de um processo legal justo. Assim, a prisão preventiva para garantia da ordem pública antecipa uma restrição à liberdade do indivíduo antes mesmo de uma condenação definitiva, contrariando o princípio da presunção de inocência e colocando o acusado em uma situação desfavorável (BADARÓ, 2018).

Além disso, a aplicação generalizada e indiscriminada da prisão preventiva para garantia da ordem pública pode resultar em prisões prolongadas e desnecessárias, violando o princípio da proporcionalidade. A prisão preventiva deve ser uma medida excepcional, utilizada apenas quando estritamente necessária e proporcional aos interesses envolvidos (LOPES JÚNIOR, 2022).

Portanto, a discussão sobre a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública busca estabelecer critérios claros e objetivos para sua aplicação, a fim de evitar abusos e assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, em consonância com os princípios constitucionais.

A natureza instrumental da prisão preventiva é bastante questionada quando decretada para garantia da ordem pública. Além disso, debates acerca da generalidade do termo e de ser um possível cumprimento antecipado de pena, também são colocados em pauta (LOPES JÚNIOR, 2022).

O princípio da presunção de não culpabilidade, consagrado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, tem como objetivo tutelar a liberdade de locomoção dos indivíduos. Portanto, diante de um ilícito penal, o Estado somente poderá cercear a liberdade do acusado depois de uma sentença penal transitada em julgado, momento em que a culpabilidade do agente será demonstrada. Logo, a presunção de não culpabilidade do indivíduo, deve prevalecer até uma sentença definitiva não recorrida (BRASIL, CRFB, 1988).

O argumento mais frequente utilizado pela doutrina ao justificar a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, compreende, basicamente, na ideia de que o indiciado ou acusado tornará a cometer delitos. Contudo, uma das finalidades da prisão penal é exatamente evitar que o agente torne a delinquir, consistindo em um dos fins do direito penal, e não um instrumento (GOMES FILHO, 1991). Dessa forma, caso a prisão preventiva exerça essa finalidade, estará antecipando o cumprimento da pena do agente, ferindo o princípio da presunção de não culpabilidade (DELMANTO JÚNIOR, 2001).

Destarte, o decreto da prisão preventiva fundamentado na garantia da ordem pública, não visa conservar uma situação que, de fato, se faz necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de uma provável sentença condenatória. Pelo contrário, o que se pretende é evitar a reiteração criminosa do agente recolhido. Nesse sentido, Magalhães Gomes Filho explica que:

[...] à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem forma de privação de 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, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado,. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um 'instrumento a serviço do instrumento', mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade (GOMES FILHO, 1991).

A garantia da ordem pública visa resguardar a segurança pública e a paz social, enquanto deveria servir para proteger a eficácia do processo, afastando-se da natureza cautelar das medidas cautelares. Complementando o exposto, Aury Lopes Jr. explica que o fundamento:

[...] não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até, porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma

interpretação extensiva (in malan artem) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública (LOPES JÚNIOR, 2022).

Parte da doutrina afirma que, a prisão preventiva somente encontra respaldo constitucional quando aplicada para assegurar a conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal, pois nesses casos, serve de instrumento para o processo. Aplicando-a para garantir a ordem pública, estaria desvirtuando-se do seu caráter acautelatório, transformando a medida cautelar numa pena antecipada, contrariando o princípio da presunção de não culpabilidade. Nessa acepção, os ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho, merecem ser observados:

Não se pode falar em prisão preventiva sem estar com as vistas voltadas para o princípio da presunção de inocência. Do contrário, para que serviria esse princípio? Se é dogma constitucional, todos devem respeitá-lo. Na hipótese de “preservação da ordem pública”, a prisão preventiva não tem nenhum caráter cautelar; ela não acautela o processo condenatório a que está instrumentalmente conexas. Que espécie de dano a liberdade do réu pode causar ao processo se o crime foi cometido com requintes de perversidade? O que ela tutela não é o processo condenatório; é a própria ordem pública, diz Romeu Pires de Campos Barros (Processo penal cautelar, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 197). E como a ‘ordem pública’ nada tem que ver com o processo, havendo cem léguas de distância entre ela e o processo, logo, não pode servir de fundamento para a medida extrema (TOURINHO FILHO, 2012).

Dessa forma, quando a garantia da ordem pública objetiva evitar a reiteração criminosa do agente, bem como resguardar a segurança pública e a paz social, ela se afasta da sua natureza cautelar. Vejamos os ensinamentos de Eugênio Pacelli:

A prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social (PACELLI, 2012).

Sendo assim justificada, os seus fins assemelham-se ao da prisão penal, que tem caráter de punição. A crítica é forte pelo fato do requisito ser utilizado como medida de prevenção, contribuindo para a segurança da sociedade (e não para o processo) e distanciando-se do verdadeiro sentido e natureza das medidas cautelares.

## **CONCLUSÃO**

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, busca assegurar a coerência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito da imprescindibilidade do caráter cautelar para a legitimidade das medidas cautelares.

Discutiu-se sobre a inconstitucionalidade da prisão preventiva e econômica fundamentada na garantia da ordem pública, bem como os requisitos, pressupostos e hipóteses para a sua aplicação. Também ficou clara a dificuldade dos estudiosos em conceituar a “ordem pública”, por ser um termo genérico e abstrato, porque o Estado tem o dever de proteger a ordem pública, mas isso não pode ser feito de maneira a violar direitos fundamentais, como o princípio da presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana.

Contudo, é fundamental que o sistema penal brasileiro passe por reformas que garantam a efetivação dos direitos fundamentais e aprimorem a aplicação da justiça criminal. É necessário que haja uma mudança de paradigma em relação à prisão preventiva, buscando sua aplicação apenas em situações excepcionais e comprovadamente necessárias para a proteção da sociedade e do processo penal.

## **REFERÊNCIAS**

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jun. 2023.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares - 7ª ed.* São Paulo: Saraiva Jurídicos, 2022.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TOURINHO, Filho Fernando da. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.