



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFTC
CURSO DE DIREITO

CAMILLE BEATRIZ SOARES DE SANTANA
JÉSSICA CORREIA FRANÇA

INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO
NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

SALVADOR

2024



**CAMILLE BEATRIZ SOARES DE SANTANA
JÉSSICA CORREIA FRANÇA**

**INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO
NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito do Centro Universitário
UniFTC, Unidade Salvador, como requisito final para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Rosário de Magalhães

SALVADOR

2024



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFTC
CURSO DE DIREITO

ATA DE APROVAÇÃO

CAMILLE BEATRIZ SOARES DE SANTANA
JÉSSICA CORREIA FRANÇA

INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO
NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito do Centro Universitário UniFTC, Unidade Salvador, como requisito final para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ de _____ de 2024.

Banca Examinadora

(Nome do orientador,
sua titulação e Instituição a que pertence).

(nome do membro interno,
titulação e instituição a que pertence).

(nome do membro externo
, titulação e instituição a que pertence).

SANTANA, CAMILLE; FRANÇA, JÉSSICA. **INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**. Orientador: DANIEL ROSÁRIO MAGALHÃES. 2024. 21. Trabalho de Conclusão de Curso – Bacharelado em Direito. Centro Universitário UniFTC, Salvador, 2024.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

UNCONSTITUTIONALITY OF PREVENTIVE PRISON BASED ON THE GUARANTEE OF PUBLIC ORDER

Camille Beatriz Soares de Santana¹
Jéssica Correia França²
Daniel Rosário de Magalhães³

RESUMO

O presente trabalho propõe a análise da inconstitucionalidade da prisão preventiva, tendo como fundamento a garantia da ordem pública para tal. No Brasil o processo penal possui diversos princípios consagrados na Constituição Federal, dentre eles o da presunção de inocência, sendo o princípio norteador do processo penal. O propósito da presente pesquisa é demonstrar que o processo penal não deve ser visualizado de forma em que o objetivo seja somente punir, e sim um instrumento também garantidor de direitos e com o intuito para se chegar a uma pena observando os princípios constitucionais, sem que haja injustiças antes mesmo de findar o processo. Para a devida construção, realizou-se uma abordagem qualitativa, onde foi possível explorar variados autores, assim como a jurisprudência condizente com a prisão preventiva e o que tange a ordem pública. A realização da pesquisa é

¹ Discente de Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário UniFTC - Unidade Salvador – BA. E-mail: beatrizcammille46@gmail.com

² Discente de Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário UniFTC - Unidade Salvador – BA. E-mail: jelfranca45@gmail.com

³ Professor Orientador da Faculdade de Tecnologias e Ciências – UniFTC. Doutor em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Mestre em Desenvolvimento Humano e Responsabilidade Social pela Fundação Visconde de Cairu. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela JUSPODIVM. Graduação em Direito pela UNIJORGE. Licenciatura em Língua Inglesa pela Universidade Estadual da Bahia (UNEB).

justificada no impacto social que a restrição de liberdade tem sobre o indivíduo e, concomitantemente, na sociedade.

Palavras-chave: Prisão preventiva; Inconstitucionalidade; Princípios; Ordem Pública

ABSTRACT

The present work proposes the analysis of the unconstitutionality of preventive detention, based on the guarantee of public order for this purpose. In Brazil, the criminal process has several principles enshrined in the Federal Constitution, including the presumption of innocence, which is the guiding principle of the criminal process. The purpose of this research is to demonstrate that the criminal process should not be viewed in a way in which the objective is only to punish, but rather as an instrument that also guarantees rights and with the aim of reaching a sentence observing constitutional principles, without there are injustices before the process even ends. For the proper construction, a qualitative approach was carried out, where it was possible to explore different authors, as well as the jurisprudence consistent with preventive detention and what concerns public order. Carrying out the research is justified by the social impact that restriction of freedom has on the individual and, concomitantly, on society.

Keywords: Protective custody; Unconstitutionality; Principles; Public Order

1 INTRODUÇÃO

Sabendo-se que a prisão preventiva é uma medida com intuito de coibir a prática de novos crimes ou prover impedimentos no andamento de uma investigação, o presente trabalho tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade da prisão preventiva, tendo como fundamento a garantia da ordem pública para tal. No Brasil, o processo penal possui diversos princípios na Constituição Federal que regem, também, o Código Penal. O propósito dessa pesquisa é, dentre outros, demonstrar se esses princípios estão sendo considerados ao restringir a liberdade de outrem.

Paralelamente, o desígnio da presente pesquisa é demonstrar que o processo penal não deve ser visualizado de forma em que sua finalidade seja somente punir, e sim um instrumento também garantidor de direitos. Este, por sua vez, objetiva chegar a uma pena observando os princípios constitucionais, sem que haja injustiças antes mesmo de findar o processo.

A prisão preventiva é uma forma de prisão cautelar, utilizada no processo penal brasileiro, almejando a garantia que o processo se desenvolva e que seja realizada a aplicação

do poder de punir do estado. Essa modalidade de prisão é uma forma de restrição da liberdade do acusado, anterior a uma sentença penal condenatória definitiva. Conforme dispõe o artigo 312 da Lei 5.349/93 a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Esse projeto busca demonstrar a inconstitucionalidade que está presente ao ser utilizada a garantia da ordem pública como argumento para ser realizada a prisão preventiva de um indivíduo, tendo em vista que esse fundamento pode, por muitas vezes, ser utilizado de maneira indevida pelos juízes e ser contraditório aos princípios expostos na Constituição Federal. Destarte, surge como indagação se “a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública é compatível com os direitos constitucionais? ”.

Ademais, o objetivo geral visa analisar a inconstitucionalidade do uso da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública no sistema jurídico brasileiro, examinando seus aspectos sobre os direitos fundamentais, o princípio da presunção de inocência, além de explorar medidas cautelares diversas da prisão.

Essa análise, por sua vez, trará uma visão ampla de como o processo penal tem funcionado nos últimos tempos no que tange a restrição de liberdade do cidadão e como os indivíduos vem sendo cada vez mais afetados por decisões equivocadas com base no fundamento da garantia da ordem pública para realização das prisões preventivas.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

A presente pesquisa utilizará uma abordagem qualitativa, exploratória e descritiva. No que tange a abordagem qualitativa, esta será aplicada para entender as complexidades que a decretação da prisão preventiva pode implicar na violação dos direitos fundamentais do acusado. Concomitantemente, a abordagem de natureza exploratória e descritiva permitirá uma análise aprofundada e específica de doutrinas e legislações pertinentes.

A revisão bibliográfica será empregada com a finalidade de construir a pesquisa, uma vez que nessa etapa será realizada a análise de doutrinas e teses sobre a inconstitucionalidade da prisão preventiva, com enfoque nos princípios consagrados no Art. 5º da Carta Magna, principalmente o da presunção de inocência. Assim como, o estudo

legislativo do Código de Processo Penal, a Constituição Federal de 1988, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e as decisões dos tribunais estaduais.

Num somatório, devem ser analisados casos em que foram aplicadas a modalidade da prisão preventiva e verificar um cerceamento dos princípios que são inerentes à pessoa humana, com ênfase na presunção de inocência. Essa análise destaca sua essencialidade na compreensão da inequívoca aplicação da referida prisão quando se busca a ordem pública.

A partir da abordagem ora mencionada será possível identificar as lacunas e desafios que abrangem o tema, garantindo um estudo amplo onde será possível identificar onde estão as principais falhas no que tange ao direito de punir do Estado, assim como, até onde tais condutas vão ao violar direitos que estão conceituados na Constituição Federal.

3 REVISÃO DE LITERATURA

3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO LIMITADOR DA PRISÃO PREVENTIVA

O princípio da presunção de inocência está preceituado no Art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Isso remete à análise do momento em que determinada pessoa será considerada culpada. No Brasil, o momento da verificação da culpabilidade é quando a decisão judicial condenatória transita em julgado, ou seja, não cabe mais recurso (SANTOS e CHAGAS, 2020).

Segundo as explicações de Nucci (2015), a culpabilidade do indivíduo se enseja:

Em virtude da condenação, com trânsito em julgado, instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência, ao menos quanto ao delito em foco. Não se quer dizer seja a condenação eterno estigma social, nem tampouco o estágio de inocência se tenha perdido eternamente. A situação é particularizada e voltada um caso concreto: neste cenário, o condenado, em definitivo, é culpado. (NUCCI, 2015, p. 333)

Um dos princípios basilares do processo penal, que também é inerente ao princípio da presunção de inocência, é o *in dubio pro reo*, implícito no Art. 386 do Código de Processo Penal, que almeja dizer que, em uma sentença penal condenatória, na dúvida, o que vale é a absolvição por ser favorável ao acusado (TJDFT, 2024).

Nesse sentido, é válido ressaltar que o estado em que a pessoa acusada se encontra quando está respondendo ao processo é de inocente. Por esse motivo que o ônus de provar que aquele determinado indivíduo é culpado pelo determinado delito é de quem possui o interesse na demonstração dos fatos alegados, e não o contrário, tendo em vista que ele possui o interesse de modificar o estado natural em que o acusado se encontra. É diante disso que a prisão preventiva é instaurada, porém, somente deve ser validada após a verificação de sólidos pressupostos (VANIN, 2015).

Conforme é cediço delimitar, quando é abordado o referido princípio é necessário saber que essa conduta do Estado reflete a uma restrição de liberdade de uma pessoa que ainda é considerada como inocente. Muitas vezes os requisitos para decretação dessa prisão, ora cautelar, não são seguidos à risca, buscando apenas penalizar o indivíduo que está sendo julgado.

Esses requisitos, se não seguidos de maneira a garantir os direitos fundamentais da pessoa acusada, acabam por serem meros violadores quando não aplicados da forma correta. O indivíduo que ali está submetido a uma medida cautelar, tendo sua liberdade restringida, muitas vezes não está caracterizado para tal.

Nucci (2015) destaca de maneira categórica esses requisitos:

Embora não se trate do cenário perfeito para a construção de requisitos justificadores da prisão cautelar ou processual, ergue-se a prisão preventiva (art. 312, CPP) como o parâmetro exclusivo para o cerceamento precoce da liberdade individual. A mais elaborada redação de seus requisitos seria o caminho ideal; porém, para o momento, deve-se buscar: prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + terceiro elemento, a saber, garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica ou conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal. (NUCCI, 2015, p. 338)

A decretação da prisão preventiva pode ser dada em dois momentos: tanto na instauração do inquérito policial, quanto no curso do processo penal. Porém, é válido questionar até que ponto essa medida do Estado pode gerar prejuízos no que tange a inobservância do que é inerente ao acusado.

Se uma pessoa está sendo investigada pelo crime de homicídio simples, expressamente previsto no Art. 121 do Código Penal Brasileiro, o Ministério Público terá de se valer de sólidas conclusões para se chegar à devida constatação de que aquela determinada pessoa cometeu esse crime. Se esse requisito não for apurado corretamente, ocorrendo por mera suspeita, essa conduta não merece prosperar, pois o Estado sequer teve a cautela de realizar investigação devidamente consolidada, apontando que aquela prática delituosa foi cometida pelo mesmo. Nesse caso, há uma repressão dos efeitos do princípio da presunção de inocência à pessoa do acusado.

Nicolitt (2011), afirma que:

Como reiteradamente afirmamos a prisão só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois o contrário transforma-se em antecipação da pena. O que tutela, ou deveria tutelar, a ordem pública (prevenção geral ou específica) é a pena. Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional. O mesmo se pode dizer em relação à ordem econômica, pois toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade. (NICOLITT, 2011, p. 69)

No que se refere a limitação causada pelo princípio mencionado, é notório que deve ser analisado de maneira abrangente os direitos daquele que está sendo investigado, para que não ocorra exceções por parte do Estado em seu dever de punir, levando a prisões indevidas, o que pode ocasionar em uma superlotação no sistema carcerário e por consequência um abarrotamento do Poder Judiciário.

3.2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVENTIVA

As medidas cautelares são decretadas pelo juiz por uma estipulação devidamente fundamentada, quando se é necessário a observância do acusado durante o processo penal, sendo essas medidas de caráter construtivo, impedindo que seja utilizada a *ultima ratio* do processo penal, a prisão.

Nucci (2024, p. 647) aponta cabalmente o conceito de medidas cautelares que “trata-se de um instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto”.

Isto posto, é necessário trazer à baila, que essas medidas são limitadoras de liberdade e não restritivas. Por isso, buscam trazer um controle maior do Poder Judiciário em relação ao indivíduo. Desta forma, poderá o Estado fiscalizar se aquela determinada pessoa está cumprindo o que lhe fora imposto, não sendo necessário a restrição da liberdade.

As medidas cautelares estão expressas no Art. 319 do Código de Processo Penal, ao longo de seus incisos, *in verbis*:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

É importante ressaltar que essas medidas não se confundem com penas restritivas de direito que estão previstas no Art. 43 e 44 do Código Penal, pois elas ocorrem após o trânsito em julgado da ação, nelas o que prevalece é a liberdade do indivíduo, o que deveria ser a regra e a sua exceção é a prisão preventiva.

Ademais, essas medidas de caráter cautelar, possuem objetivos que visam evitar a ocorrência de novos crimes e, também, proteger a sociedade, porém de maneira menos agressiva do que a prisão preventiva, tendo em vista que só são permitidas observando-se a natureza do delito cometido.

As medidas citadas anteriormente, possuem o real objetivo para que servem, a cautelaridade, garantindo que os princípios constitucionais como o da presunção da inocência ou o da proporcionalidade sejam observados e respeitados.

A título de prazo, não há nenhuma menção no Código de Processo Penal, pois, em regra, se finda com o término da instrução penal que pode variar de acordo com o procedimento aplicado, mas tais medidas podem ser revogadas a qualquer tempo e, também, podem ser finalizadas com a decretação da prisão preventiva.

Cumprido salientar que apesar de não existir um prazo determinado, é necessário observar o princípio da razoabilidade, que apesar de não se encontrar explícito na Constituição Federal, como dispõe alguns outros princípios, ele é utilizado no processo penal para garantir que não haja arbitrariedades do Poder Judiciário.

3.3 AMPLITUDE DO CONCEITO DE GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA

A garantia da ordem pública, está prevista como um dos fundamentos para decretação da prisão preventiva no artigo 312 do CPP, segue:

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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Vale salientar que, apesar de estar previsto, tal fundamento não dispõe de um conceito específico, podendo abranger diversas interpretações, sendo este, um dos mais utilizados para decretar a prisão preventiva dos indivíduos acusados, justamente pelo fato de não haver um conceito único e determinado, muitas vezes usado em casos polêmicos, ou até mesmo para que o Estado demonstre que está realizando justiça através do seu poder de punir.

Ademais, esse fundamento também é utilizado em muitas decisões com o argumento de cuidado com o acusado, com a justificativa de proteção ao mesmo de riscos que possam ocorrer ao mesmo fora do sistema carcerário. Entretanto, tal justificativa não se encontra amparada por legislação, vez que a restrição da liberdade do cidadão através desse argumento pouco plausível, também é uma forma de agredi-lo e não de protegê-lo, tendo em vista que a liberdade é um dos direitos fundamentais do ser humano.

Além disso, Lopes Júnior (2022) define a prisão cautelar com o argumento de garantir a integridade física do acusado como sendo:

“ Quanto à prisão cautelar para garantia da ordem da integridade física do imputado, diante do risco de linchamento, atualmente predomina o acertado entendimento de que é incabível. Prender alguém para assegurar a sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável. ” (LOPES JÚNIOR, 2022, p.722)

Conforme exposto acima pelo autor, é um verdadeiro paradoxo, vez que o conceito de prisão não se assemelha ao conceito de segurança para aquele indivíduo que está tendo a sua liberdade restringida. Inclusive pelas condições precárias presentes no sistema carcerário brasileiro.

Dessa forma, a pluralidade de significados em que essa fundamentação pode ser utilizado pelos julgadores, simplesmente pela razão de nenhum ser humano pensar de maneira igualitária, tendo em vista a falta de definição específica e as amplas decisões que utilizam determinado fundamento, fazendo com que o mesmo possa ser utilizado em qualquer caso que possa vir a causar algum tipo de revolta na sociedade.

Somando-se a isso, também é necessário entender qual é a finalidade da prisão cautelar, analisando cada caso concreto antes de aplicar a fundamentação da garantia da ordem pública, a fim de evitar que o argumento seja utilizado de qualquer maneira e de forma banalizada, ensejando em um aprisionamento desnecessário.

A imprecisão referente ao fundamento aqui tratado, traz uma problemática de grande proporção, tendo em vista que é necessário considerar que juízes não são “Deuses” na

sociedade, e sim apenas seres humanos, que apesar do seu papel de imparcialidade, podem cometer erros ao utilizar esse fundamento para decretar a prisão preventiva de um indivíduo interpretando-o de forma ilimitada, sem nenhum tipo de restrição quanto ao seu conceito indefinido, o que pode implicar em inúmeras injustiças a serem causadas na sociedade.

O argumento utilizado por Câmara (2011) é aquele que melhor dispõe a forma como os julgadores vêm se utilizando do fundamento da Garantia de Ordem pública sem devida fundamentação:

“Do magistério decretante da cautela excepcional, exige-se que motive a decisão, não lhe sendo conferido poder para restringir a liberdade pessoal conforme suas conveniências. Não é possível que o faça, outrossim, através de meros juízos de possibilidade. Em tema tão delicado quanto o da restrição legal da liberdade de ir e vir, exige-se da autoridade judicial que, ao exarar a cautela, demonstre concretamente a possibilidade de que o acusado venha a dificultar a instrução criminal ou, ainda, impossibilitar a aplicação da lei penal.” (CÂMARA, 2011, p.145, apud PETRIN, 2022)

A restrição da liberdade do indivíduo, tão severa como a prisão, é considerada uma medida extrema a ser realizada, devendo-se antes da sua decretação, ser verificada a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas, nos termos preconizados no art. 282, § 6º do Código de Processo Penal, como demonstrado no tópico anterior.

Dessa forma, a prisão preventiva deve ser considerada como último caso, devendo ser analisado de forma cautelosa o cabimento de tal medida em cada processo, bem como se possível o cabimento das medidas cautelares antes de ser decretada a prisão do indivíduo (ALMEIDA, 2022).

A “luz” da legislação precisa ser cada vez mais clara, e o código processual penal brasileiro precisa evoluir ainda mais tendo em vista que as suas modificações ao longo dos anos têm sido tão poucas. Se a sociedade evoluir com o passar dos anos, as leis precisam evoluir na mesma medida, principalmente no que tange ao objetivo de evitar que mais crimes ocorram. Finalizando esse raciocínio, Beccaria (2019) explica:

Quereis prevenir os crimes? **Fazeis leis simples e claras**; fazei-as amar; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las [...] (BECCARIA, 2019, p 105)

3.4 BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E OS IMPACTOS CAUSADOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A ocorrência de inúmeras prisões preventivas tem sido cada vez mais presentes no Brasil, ocasionando diversos problemas no sistema carcerário do nosso país, principalmente

no que tange a superlotação das prisões. Ao serem decretadas essas modalidades de prisão, principalmente quando há ilegalidade nas fundamentações para tal, o Poder Judiciário acaba por se esquivar da raiz dos verdadeiros problemas.

Entender a criminalidade e buscar soluções para diminuição da mesma, seria a melhor forma de reduzir a prática criminosa no país. Apesar de ser muitas vezes a prisão preventiva ser uma medida eficaz, requer a existência de uma análise minuciosa para que seja aplicada, para que as decisões sejam cada vez mais voltadas para a justiça e a busca mais próxima da verdade pelo julgador.

Segundo Mori (2024), “a população carcerária em celas físicas no Brasil é de 663 mil pessoas, a grande maioria composta por homens, segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais, órgão do Ministério da Justiça.” Além disso, a repórter também afirma que “quase 30% das pessoas encarceradas no Brasil estão em prisão provisória, sendo 183 mil aguardando julgamento”.

Ao analisar esses dados, é importante observar se há necessidade de colocar tantas pessoas nos estabelecimentos prisionais, antes mesmo de serem condenadas pelo crime ao qual estão sendo acusadas, bem como é necessário visualizar os problemas que se dão em decorrência da superlotação nos estabelecimentos prisionais brasileiros, que já é um problema em si, vez que viola o princípio básico da dignidade do indivíduo.

Somando-se a isso, faz-se necessário a observância do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88, que apesar de não ter em seu conceito expresso na Constituição, entende-se que deve ser estendido a todos os seres humanos, inclusive aqueles que estão no contexto carcerário. Estes indivíduos também precisam ter seus direitos e garantias preservados, tendo em vista o pensamento futuro de que se essa parte população for tratada como monstros, agirão como tal.

Os presos em ambientes superlotados acabam por ter os seus direitos básicos negados como, por exemplo, higiene, alimentação, cuidados médicos e outros mais, o que inclusive pode trazer não só problemas para os detentos, como para a sociedade em geral. A falta de dignidade para com o tratamento dos presos pode acarretar, inclusive, em uma reincidência criminal.

Ademais, se os indivíduos que estão sendo acusados realmente não estiverem inseridos no mundo da criminalidade, podem acabar se inserindo, tendo em vista o tempo em que estão dentro do presídio, tendo contato com outros presos já condenados. Além disso, pode causar problemas inclusive para aquelas pessoas que trabalham no ambiente carcerário

brasileiro, pois se torna complicado trabalhar em um ambiente carente de condições humanitárias mínimas, e encarceramento em massa.

Pensando em alternativas mais eficazes antes de se chegar à necessidade de decretação da prisão preventiva, é possível solucionar maiores problemas na sociedade. Ademais, Coelho (2020) explica em seu artigo:

“A promoção do desencarceramento, utilização de medidas alternativas e controle institucional no uso da prisão preventiva com base no que determina o ordenamento jurídico, - sem envolver prognósticos e opiniões pessoais sobre “risco social” -, apresentam-se como medidas essenciais para discutir a situação nomeada como “superlotação carcerária” (COELHO, 2020, p. 167)

Também, faz-se necessário observar o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

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 [...] (Decreto nº 678, 1992)

Somando-se a esse repertório, nota-se que a decretação da prisão preventiva tem sido banalizada ao longo dos anos, não se observando princípios como dignidade da pessoa humana, presunção de inocência ou da razoabilidade, possuindo muitas vezes a garantia da ordem pública como fundamento, entretanto, de maneiras equivocadas, o que ocasiona inúmeros problemas não só para o preso, como também para sociedade.

O Estado brasileiro possui o dever de zelar pelos direitos dos seus cidadãos, sendo necessário que o Poder Judiciário tome atitudes quanto a observância dos perigos ocasionados por inúmeras decretações dessa modalidade de prisão, pois apesar de pensarem estarem solucionando problemas imediatos, estão causando outros problemas que podem ser ainda mais catastróficos.

Diante do exposto, volta-se a tratar sobre o dever de clareza das leis, a falta de cuidado na identificação de qual medida cautelar é realmente necessária para cada acusado e a observância dos princípios constitucionais na tomada de decisões. Somando-se a isso, Beccaria (2019) dispõe:

“Um governo que tem necessidade de censores, ou de qualquer outra espécie de magistrados arbitrários, prova que é mal organizado e que sua constituição não tem força. Num país em que o destino dos cidadãos está entregue à incerteza, a tirania oculta imola mais vítimas do que o tirano mais cruel que age abertamente. Este última revolta, mas não avilta.”(BECCARIA, 2019, p 88)

Conforme o exposto por Beccaria (2019), faz-se uma análise de que o destino do ser humano não deve ser entregue à incerteza, sendo necessário que Poder Judiciário seja mais cauteloso com as decisões tomadas sobre aquele indivíduo que ainda está respondendo um

processo, pois decretada a prisão preventiva do mesmo, de forma banalizada, como exposto anteriormente, pode ocasionar em problemas maiores para a sociedade brasileira.

3.5 APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA UTILIZANDO O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COM BASE NA GARANTIA DA CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Como foi devidamente compreendido em tópico anterior, o fundamento da garantia da ordem pública, não há uma conceituação exata sobre o que é esse instituto, o que dá diversas brechas ao Poder Judiciário no que tange à sua interpretação.

Ainda é empregado esse fundamento em alguns casos, utilizando como base a credibilidade do Poder Judiciário, bem como na fundamentação da gravidade do crime cometido sob a ótica do abstrato e concreto e a periculosidade do agente. Portanto, há entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, a prisão cautelar só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência. 2. No caso, o decreto preventivo não apontou indícios concretos de como o paciente poderia colocar em risco a ordem pública, teria tentado atrapalhar a instrução criminal ou frustrado a aplicação da lei penal, apenas dizendo estarem presentes os pressupostos e requisitos da medida cautelar extrema, carecendo, assim, de fundamento apto a consubstanciar a prisão. 3. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, decretada na Ação Penal n. 0009097-80.2017.8.17.0001, da 4ª Vara do Tribunal do Júri da comarca de Recife/PE, salvo se por outro motivo estiver preso, podendo o Juiz singular determinar, ou não, o cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão desde que fundamentadamente. (STJ, 2019, online)

Assim como, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

Habeas Corpus c/ Liminar nº. 0807796-74.2023.8.20.0000 Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Paciente: Marcelo Barbosa da Silva Aut. Coatora: Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Natal/RN. Relator: Desembargador Glauber Rêgo. EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE ROUBO. PLEITO LIBERATÓRIO. ALEGADA INEXISTÊNCIA DO PERICULUM LIBERTATIS. POSSIBILIDADE. DECRETO DA PREVENTIVA COM FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. BONS PREDICADOS PESSOAIS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS A INDICAR MAIOR PERICULOSIDADE DO PACIENTE. PERIGO ABSTRATO INSUFICIENTE PARA AUTORIZAR A MEDIDA EXTREMA. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. JURISPRUDÊNCIA DO STF, STJ E DESTA CORTE. CONHECIMENTO E CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores é no sentido de que a gravidade em abstrato do delito não é, por si só, suficiente para

supedanear a constrição cautelar. 2. Neste sentido, “[...] o juízo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao réu, a existência de indícios de autoria e materialidade do crime, a credibilidade do Poder Judiciário bem como a intranquilidade social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para a garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fato concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa [...]”. (HC n. 500.825/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 1/7/2019). 3. Não demonstrado, a partir dos elementos constantes dos autos, o efetivo periculum libertatis, cabível é à espécie a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão. Jurisprudências reiteradas deste Tribunal de Justiça. 4. Ordem conhecida e concedida. (TJ-RN, 2023, online)

Diante do que foi exposto, as decisões dos Egrégios Tribunais têm entendimento sólido no que se refere a fundamentação indevida com observância a credibilidade do Poder Judiciário, bem como a gravidade do crime, tornando incabível a caracterização sendo pautada apenas nisso.

A credibilidade do Poder Judiciário deve ser levada em consideração diante de suas decisões concretas, enquanto a resolução de controvérsias e diante da sua transparência perante a população, não devendo ser considerada apenas tais fundamentos citados acima, o que tornará mais inidôneo.

Tal credibilidade é importante e deve sim ser considerada, mas não nos ditames mencionados acima, e sim observando os limites e os princípios constitucionais. A sociedade precisa ter confiança na justiça do país, mas não pode gerar uma pressão tão grande a ponto de fazer com que o sistema judiciário tome uma postura de punição antecipada para os cidadãos que estão ainda respondendo o processo penal, cometendo excessos.

A opinião pública muitas vezes influencia nas decisões tomadas pelo poder judiciário, fazendo com que este ultrapasse os limites e princípios estabelecidos na constituição. Apesar da opinião pública ser importante, não é fundamento para decretação de prisão preventiva, devendo ser considerada somente quando for rigorosamente analisado se a Ordem Pública realmente está correndo risco, analisando o caso concreto. Nucci (2024), retrata sobre isso de maneira precisa:

11-A. Clamor público: torna-se questão controversa e de difícil análise o ponto denominado clamor público. Crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da Justiça e do sistema penal. Não se pode, naturalmente, considerar que publicações feitas pela imprensa sirvam de base exclusiva para a decretação da prisão preventiva. (NUCCI, 2024, p. 714)

Somando-se a isso, entende-se que a prisão preventiva não pode ser decretada com base na credibilidade do poder judiciário, tão pouco influenciada pela pressão midiática, ou pela opinião pública. Inclusive a tomada dessa decisão, com base nesses fundamentos,

pode acabar por descredibilizar o sistema judiciário, ao invés do efeito contrário, tendo em vista a inobservância da legislação e dos princípios constitucionais.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Inicialmente, cumpre salientar o primeiro tópico do presente trabalho retrata sobre o princípio da presunção de inocência como limitador da prisão preventiva, foi possível verificarmos através da análise do Artigo 5º da Constituição Federal e das doutrinas, o referido princípio expresso e sua aplicabilidade no que tange a decretação da prisão preventiva, assim como, os requisitos que devem ser cumpridos para a caracterização desta.

Verificou-se, também, que, embora esteja se tratando de uma prisão cautelar relevante para processo penal, se aplicada no caso concreto de maneira indevida, sem a análise dos princípios constitucionais pode ocasionar em diversos impactos negativos, tanto para o acusado que está respondendo o processo penal, quanto para o resto da sociedade. Sem a devida cautela do Estado em seu dever de punir, tal medida poderá infringir direitos que são inerentes ao acusado, levando a prisão indevida.

Diante da análise do segundo tópico, foi possível evidenciar quais são as medidas cautelares diversas que estão elencadas no Artigo 319 do CPP. Essas medidas viabilizam um controle maior do Estado frente ao acusado, uma forma de fiscalizá-lo sem que se use a *ultima ratio*, a prisão. Dito isto, verificou-se que a utilização dessas medidas diversas da prisão preventiva possui caráter limitador e viabilizam maior observância e em consequência maior efetividade no que diz respeito aos direitos fundamentais, sendo mais eficaz.

Em continuidade, entende-se, através da análise doutrinária, que há uma abertura de interpretações que o conceito do fundamento garantia da ordem pública, tendo em vista que esta não possui definição concreta. Nesse sentido, constata-se que essa pluralidade de conceitos, abre brechas para que ilegalidades sejam cometidas pelo Estado, como prisões injustas, o que contribui para um superlotamento já presente no sistema carcerário brasileiro, não havendo clareza suficiente na legislação brasileira no que tange a esse assunto.

Somando-se a isso analisou-se a ocorrência banalização da prisão preventiva e seus impactos no sistema carcerário brasileiro, contando-se que um dos fatores principais que faz com que haja essa banalização é o fato do argumento que se utiliza muitas vezes para a decretação desta é a “Garantia do Ordem Pública”, que ocasiona em uma interpretação ampla e diversos outros fundamentos decorrentes que acabam por violar os direitos do acusado.

Considerando o que foi apresentado, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública com base na credibilidade do Poder Judiciário, também é uma questão amplamente discutida, na qual verificou-se através do presente estudo que decisões pautadas somente nesse aspecto, tornam a sua fundamentação inidônea, pois para que o Poder Judiciário tenha o apreço desejado, deve se pautar em decisões transparentes perante a sociedade e não somente pelo clamor intenso do mesmo, o que acaba afastando a sua imparcialidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é nítido que a inconstitucionalidade da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, é um tema de extrema relevância, tendo em vista que levanta questionamentos sobre o Poder Judiciário e a sua atuação.

Percebe-se que a problemática de fato é a pluralidade atual de conceitos que tal fundamento pode tomar, podendo ocasionar injustiças e arbitrariedades nas decisões, bem como a afronta aos princípios constitucionais que regem o nosso Código Penal e Processual Penal, principalmente no que tange a presunção de Inocência e Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, também se constatou que a prisão preventiva deve ser analisada de forma rigorosa antes da sua decretação, vez que possui caráter excepcional devendo ser aplicado somente se não couber outras medidas cautelares diversas, pois a liberdade do ser humano é um dos bens mais preciosos e um direito garantido na nossa Constituição Federal.

Somando-se a esse fator, verifica-se que a carência da definição da garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva, não possui um significado preciso no nosso Código Penal Brasileiro, o que acaba por permitir que os juízes utilizem critérios amplos como a credibilidade poder judiciário, a pressão populacional e midiática, assim, banalizando a prisão preventiva, e infringindo os direitos de outrem.

Além disso, tal banalização, pode ocasionar problemas maiores como a superlotação do sistema carcerário brasileiro, causando problemas não somente para o réu preso, como também para o resto da sociedade.

Dessa forma, conclui-se que é importante que o legislador considere a ampliação das possibilidades de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, para que reduza os problemas causados pela decretação da prisão preventiva, bem como conceituar de forma mais clara o termo “Garantia da Ordem Pública”, a fim de que não tenha brechas para amplas interpretações, tornando o sistema judiciário mais seguro e eficaz.

Destarte, também é necessário que haja um controle mais rigoroso das fundamentações para decretação da prisão preventiva, a fim de evitar prisões injustas, a violação dos direitos fundamentais do cidadão e ocorrência de demais problemas para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ACS - Assessoria de Comunicação Social. In dubio pro reo. TJDTF, 2024 Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-sem-anal/201cin-dubio-pro-reo201d> Acesso em: 10 nov. 2024

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Edipro, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 09 nov. 2024

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 09 nov. 2024

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 09 nov. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 423012 PE 2017/0283824-9.** Habeas corpus. Prisão preventiva. Homicídio qualificado. Fundamentação. Garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Ausência de elementos concretos. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal evidenciado. 6º turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 24 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859931622> Acesso em: 10 nov. 2024

BRASIL. Tribunal de Justiça (Rio Grande do Norte). **Habeas Corpus c/ liminar 0807796-74.2023.8.20.0000.** Constitucional e processual penal. Habeas corpus. Paciente preso preventivamente pela suposta prática do delito de roubo. Pleito liberatório. Alegada inexistência do periculum libertatis. Possibilidade. Decreto da preventiva com fundamentação genérica e abstrata. Bons predicados pessoais. Inexistência de elementos a indicar maior periculosidade do paciente. Perigo abstrato insuficiente para autorizar a medida extrema. Suficiência das medidas cautelares do art. 319 do CPP. Jurisprudência do STF, STJ e desta corte. Conhecimento e concessão da ordem. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Paciente: Marcelo Barbosa da Silva. 5º Vara criminal da comarca de Natal/RN. Relator: Glauber Antônio Nunes Rêgo, 20 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rn/1913463732> Acesso em: 10 nov. 2024

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva. JusBrasil, 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-pri-sao-preventiva/121937452> Acesso em: 09 nov. 2024.

CÂMARA, Luiz Antonio. Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e Liberdade Provisória. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 145 p.

COELHO, Priscila. Um preso por vaga: estratégias políticas e judiciais de contenção da superlotação carcerária. Orientador: Profa. Dra. Máira Rocha Machado. 2020. 232 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Fundação Getúlio Vargas Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/23eddb15-a51a-41d1-9743-b5376203d5d5> Acesso em: 10 nov. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 19ª Edição: Editora Saraiva Jr, 2022. 722 p.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. Artigo 312º CPP – Pressupostos e fundamentos da preventiva. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/artigo-312-cpp-pressupostos-e-fundamentos-da-preventiva/1109434693> Acesso em: 09 nov. 2024.

MORI, Letícia. 96% homens, 48% pardos, 30% sem julgamento: o perfil dos presos no Brasil. BBC News Brasil, São Paulo, 17 out. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c0k4nmd3e2xo#:~:text=Os%20homens%20presos%20s%C3%A3o%20mais,do%201%C2%BA%20semestre%20de%202024> Acesso em: 10 nov. 2024

NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book. pag. 333. ISBN 978-85-309-6296-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6296-8/> Acesso em: 09 nov. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado.** 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. pag. 647. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994303/> Acesso em: 09 nov. 2024.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011:** O novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.69.

CHAGAS, Inara; DOS SANTOS, Felipe Castro Batista; MATIVI, Mariana. Inciso LVII - Princípio da presunção de inocência. Politize!. 08 jul. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-quinto/presuncao-da-inocencia/> Acesso em: 10 nov. 2024.

VANIN, Carlos Eduardo. O ônus da prova no CPP. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-onus-da-prova-no-cpp/194054162> Acesso em: 10 nov. 2024.