



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública

Renato Perrotta de Souza

Rio de Janeiro
2013

RENATO PERROTTA DE SOUZA

A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Renato Perrotta de Souza
Graduado pela Faculdade de Direito
Universidade do Estado do Rio de
Janeiro - UERJ. Advogado.

Resumo: A Constituição da República, ao estabelecer o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, proibiu, no direito Brasileiro, a decretação de prisão, antes do trânsito em julgado, sem a observância dos requisitos de cautelaridade previstos na legislação processual penal. Ainda assim, adotando critérios como o da reiteração de práticas criminosas ou da periculosidade social do agente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e grande parte da doutrina nacional ainda admitem a decretação da prisão preventiva como forma de resguardar a ordem pública. A presente pesquisa procura demonstrar a incompatibilidade de tal modalidade de prisão com a principiologia constitucional vigente, ressaltando a importância de se preservar tais valores para a consolidação, no Brasil, de um sistema jurídico democrático, alinhado aos direitos fundamentais conferidos ao cidadão e às promessas constitucionais feitas pela Carta Constitucional de 1988.

Palavras-chave: Processo Penal. Medidas Cautelares. Prisão Preventiva. Ordem Pública. Garantismo Penal.

Sumário: 1. Introdução. 2. A prisão preventiva como medida cautelar. A instrumentalidade da prisão preventiva. 3. Requisitos para a sua concessão. 3.1. Requisitos gerais: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. 3.2. Os fundamentos para decretação da prisão preventiva e as inovações trazidas pela lei nº12.403/11. 4. A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública: uma análise constitucional do instituto. 4.1 O conceito de ordem pública. 4.2. Análise da compatibilidade da modalidade prisional com a constituição da república. 4.2.1. A prisão preventiva como juízo antecipado de culpa. 4.2.2. A prisão preventiva como garantia da ordem pública e o princípio da tipicidade das cautelares pessoais. 5. Direito penal do inimigo e a prisão preventiva como produto de consumo pelas massas. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da compatibilidade das prisões preventivas decretadas como garantia da ordem pública com o sistema de garantias processuais penais previsto na Constituição da República.

A prisão preventiva é modalidade de medida cautelar pessoal imposta ao suposto

autor do crime, como meio de mantê-lo acautelado até o julgamento final do processo, e tem sua aplicação regulada pelo art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal - CPP.

Como qualquer medida cautelar, possui caráter instrumental, servindo para resguardar a eficácia de outros bens ou direitos, no caso, o próprio processo penal.

Por se tratar de possibilidade autorizada por norma decorrente de legislação ordinária, deve ser interpretada e aplicada em perfeita consonância com as normas constitucionais, notadamente aquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais, em virtude do princípio da supremacia da Constituição, que faz da Constituição da República fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, a Constituição da República traz para o operador do direito duas regras de fundamental importância: a primeira, prevista no inciso LVII do art. 5º, que impõe a presunção de inocência/não-culpabilidade ao acusado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; a segunda, revelada pelo inciso LXI, também do art. 5º, determinando que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

É com base nessas duas premissas que se questiona a constitucionalidade da aludida modalidade de medida cautelar pessoal, pois, ao contrário das demais espécies de prisão preventiva, que buscam resguardar a eficácia do processo penal, o bem tutelado pela prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública é, ao contrário, a segurança pública, o que pressupõe, inevitavelmente, um juízo antecipado de culpabilidade do réu, hipótese não contemplada pelo princípio constitucional da presunção de inocência/não-culpabilidade (a prisão decretada com a finalidade de resguardar a ordem econômica também incorre nos mesmo vícios, porém foge ao objeto do presente estudo).

Busca-se despertar a atenção para a inconstitucionalidade de tal modalidade de

prisão segundo o sistema de garantias processuais decorrentes da Constituição da República, notadamente porque se verifica, na prática, uma certa discricionariedade na aplicação da modalidade prisional por juízes e Tribunais, que, via de regra, flexibilizam a aludida garantia constitucional quando diante de crimes contra a vida e o patrimônio (típicos de população de baixa renda) e conferem, por outro lado, interpretação elástica ao princípio constitucional quando diante de outras espécies criminosas.

2. A PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR. A INSTRUMENTALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.

Qualquer medida que imponha restrições a direitos pessoais e à liberdade de locomoção do suposto autor da infração penal (como é o caso da prisão preventiva), decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, terá, necessariamente, a qualidade de medida cautelar, ainda que assim não seja chamada pela Lei ou pelo operador do Direito que dela faz uso.

Trata-se, no caso, de medida cautelar de natureza pessoal, na medida em que recai sobre a liberdade individual de pessoas, em oposição às medidas cautelares reais, cuja aplicação, ao contrário, recai sobre bens de um determinado indivíduo.

É possível inferir a natureza cautelar de tais medidas já que, desde a promulgação da Constituição da República de 1988 e, mais recentemente, desde a edição da Lei 11.719/08 (que modificou profundamente o sistema de prisões e de outras medidas restritivas de liberdade impostas ao acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal, como adiante se verá mais detalhadamente), ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme previsto no art. 5º, LVII da Constituição da República.

Da mesma forma, é certo ainda que, ressalvadas as exceções constitucionais feitas às prisões administrativas (nos casos de crimes ou transgressões militares, na forma do art. 5º, LXI da Constituição da República), não haverá prisão senão em flagrante de delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Diante das premissas acima apontadas, foram promovidas a princípios informadores de todo o sistema processual penal brasileiro regras que: (1) garantem ao acusado a chamada presunção de inocência ou de não culpabilidade – presunção essa desconstituída, apenas, por uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, proferida em processo presidido por juiz competente, respeitados o direito da mais ampla defesa – e, (2) impõem a exigência de decisões judiciais fundamentadas para justificar a imposição de prisão antes de se proferir juízo definitivo de culpabilidade no processo em que se apura o cometimento da infração penal.

Como consequência, além da exigência de fundamentação, percebe-se que tal modalidade de prisão não poderá, jamais, colocar o acusado numa posição jurídica que o faça presumir culpado pela prática dos crimes a ele imputados, sob pena de afronta ao princípio constitucional da inocência ou não culpabilidade, que, como mencionado, somente será afastado mediante sentença penal definitiva, da qual não caiba mais qualquer recurso. Não pode a decisão judicial que decreta a prisão preventiva do acusado, portanto, conter qualquer juízo antecipado de culpabilidade em sua fundamentação, ante a expressa imposição constitucional.

Confirmando de modo inequívoco a qualidade instrumental da prisão preventiva e de outras medidas restritivas de direitos impostas ao acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal, visando, ainda, extirpar do ordenamento jurídico qualquer possibilidade de execução provisória da sentença penal não transitada em julgado (em

perfeita consonância com a presunção constitucional de inocência ou não culpabilidade, diga-se), é que a Lei 11.719/08, alterando a redação constante do art. 283 do CPC, assim determinou, *in verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária e prisão preventiva.

Entretanto, mesmo antes da edição da Lei 11.719/08, já se reconhecia a qualidade de medida cautelar às prisões preventivas, na medida em que elas são completamente estranhas ao mérito da demanda posta para julgamento, devendo ser utilizada para a proteção de outros valores.

Sempre se discutiu, contudo, que interesses e valores seriam esses, pois, se é certo que a prisão preventiva não pode representar juízo antecipado de culpabilidade, também é possível afirmar que a o texto constitucional autoriza a decretação de prisão antes do trânsito em julgado mediante decisão judicial fundamentada.

Diante das restrições de ordem constitucional acima elencadas, somente da própria Constituição da República poderia o intérprete extrair fundamento para justificar a adoção de medida tão drástica. Segundo os ensinamentos do mestre Eugênio Pacelli de Oliveira¹, a aplicação de tal medida encontraria justificativa na necessidade de preservação da efetividade do processo, única fundamentação válida e suficiente para “justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente”, como qualquer medida cautelar, real ou pessoal.

O exercício da atividade jurisdicional é função típica do Poder Judiciário, fruto da separação constitucional dos poderes, atividade afirmativa da soberania do Estado,

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 577.

de modo que qualquer conduta que tenha por objetivo impedir ou embaraçar a sua atuação deverá ser energicamente repelida pelo próprio Estado, que dela faz uso.

Havendo, portanto, risco sério, fundado ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, deverá o Poder Judiciário fazer uso de tal modalidade de prisão, visando, justamente, afastar os óbices colocados ao normal desenvolvimento da marcha processual. Afinal, o que se pretende ao agir sob esse fundamento é justamente possibilitar o pleno exercício do direito de acusação delegado ao Ministério Público pela Constituição e o direito estatal de punir aquele que comete um delito.

Tudo isso, registre-se, com o mais profundo respeito às garantias processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de, conforme explica ainda o mestre Eugênio Pacelli de Oliveira², se promover, no Brasil, a institucionalização de sistema penal funcional, preocupado, apenas, em proteger a sua própria efetividade.

É com base nessa finalidade específica que se conclui pelo caráter instrumental da prisão preventiva no Direito brasileiro, já que não é a prisão um fim em si, mas instrumento de proteção da efetividade do próprio processo no qual ela é decretada.

A medida cautelar tutela o processo, e não o direito material nele discutido, que, ao contrário, é objeto do processo de conhecimento. A medida cautelar serve, então, de instrumento para se atingir os fins a que se propõe o processo de conhecimento, que nada mais é do que a solução do caso penal, no exercício da função jurisdicional pelo Estado.

Conclui-se, assim, que a prisão preventiva não tem como escopo a tutela do direito material violado, mas a proteção do processo de conhecimento, pois, se não adotada, privando o indivíduo de sua liberdade mesmo antes de uma sentença de mérito definitiva, já não será possível a aplicação da lei penal.

² Ibidem

Não se teria, aqui, um juízo de culpabilidade, porém, um juízo de periculosidade. Em virtude disso, como bem alerta e. Desembargador Paulo Rangel³, não é a prisão preventiva, por conta do inafastável sistema constitucional de garantias processuais, meio hábil para a implementação de políticas de segurança pública, sendo este, pois, um mister do Poder Executivo, no exercício de funções típicas suas.

Nas sempre fortes e contundentes palavras do desembargador:

[...] não podemos confundir prisão cautelar com política séria de combate à violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso País. Se há roubo, homicídios, estupros, etc, correndo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso.

Como se vê, ainda que, segundo a legislação processual penal, possível a sua utilização em tais hipóteses, não é a prisão cautelar que resolveria o problema da violência nas ruas, mas a adoção de políticas sérias de prevenção e combate implementadas pelo Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário, portanto, se imiscuir em competências constitucionais que, como salientado, não são suas.

3. REQUISITOS PARA A SUA CONCESSÃO

3.1. Requisitos gerais: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*

Definida a prisão preventiva, em qualquer uma das suas modalidades legalmente previstas, como espécie de medida cautelar (pessoal, como visto, já que recai sobre a liberdade individual do acusado), importante definir os fundamentos jurídicos que autorizam a sua utilização no processo penal.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 712.

Como qualquer medida cautelar, são dois os requisitos básicos que devem estar presentes para a sua aplicação: os já conhecidos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Tais expressões, de origem latina, são próprias da Teoria Geral do Processo, dizendo respeito, desse modo, tanto ao direito processual civil quanto ao direito processual penal,. Não faltam, contudo, críticas ao emprego indiscriminado das expressões no processo penal.

Conforme ensina Aury Lopes Junior⁴, no processo penal, o requisito para a concessão de uma medida cautelar não é a probabilidade da existência do direito de acusação alegado, por não se discutir no proceso penal um direito propriamente dito, mas a verificação de um fato aparentemente punível como crime. O correto, então, seria falar em *fumus comissi delicti*.

Seguindo o raciocínio exposto, o que haveria no processo penal seria o chamado *periculum libertatis*, ou seja, o perigo revelado pela situação de liberdade em que se encontra o indivíduo, sujeito passivo do processo penal, diferente, portanto, do mero perigo na demora do processo, utilizado no processo civil.

O *fumus comissi delicti*, enquanto requisito para a decretação da prisão provisória, é necessário em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência/não culpabilidade; sendo regra a liberdade, somente em casos excepcionais, quando constatada a provável autoria do delito, seria possível restringir a liberdade de locomoção do acusado.

Segundo o *caput* do art. 312 do CPP (*in fine*), a probabilidade, enquanto requisito cautelar, desdobra-se em “prova da existência do crime” e “indício suficiente de autoria”. Não se trata de mero juízo de possibilidade, quando as razões favoráveis ou

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Breves considerações sobre o requisito e o o fundamento das prisões cautelares, *Informativo ITEC*, Porto Alegre, ano II, n° 5, p. 14-17, abril-junho 2000.

contrárias à hipótese são equivalentes; mas de juízo em que predominam as razões positivas, aproximando-se, ao máximo possível, de um juízo de certeza

Além disso, em se tratando de processo penal, voltado à análise de condutas tidas como criminosas, não podem estar presentes requisitos negativos do delito, como causas excludentes da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, etc.) ou da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, inimputabilidade, etc), hipóteses que levariam à absolvição do acusado, sendo desproporcional qualquer restrição à sua liberdade, por esse motivo.

Já o segundo fundamento, o *periculum libertatis*, é justificado em razão do caráter instrumental do qual as medidas cautelares são revestidas. Como visto, a prisão preventiva (e todas as medidas cautelares previstas no processo penal) não pode representar um juízo antecipado de culpabilidade, somente podendo ser utilizada quando condutas do acusado colocarem em risco o normal desenvolvimento do processo ou a futura aplicação da lei penal.

Trata-se de situação de perigo concreta, criada, exclusivamente, pela conduta do sujeito passivo do processo, em virtude da frustração da função punitiva, representada pela possibilidade de fuga, ou mesmo pela eventual dificuldade na coleta da prova.

São inaceitáveis decisões fundadas, por exemplo, na mera presunção de fuga do réu. Deve ser apresentado no processo um fato claro, um temor sério que em nada tem a ver com a simples gravidade em abstrato do crime praticado.

3.2. Os fundamentos para decretação da prisão preventiva e as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11

Segundo determina o *caput* do art. 312 do CPP, são quatro os fundamentos que, via de regra, autorizariam o uso do recurso extremo: (1) a proteção da ordem pública, (2) da ordem econômica, (3) a conveniência da instrução criminal e (4) o resguardo da futura aplicação da lei penal.

Em virtude das recentes mudanças promovidas pela edição da Lei 12.403/11, novos critérios restritivos foram adotados para utilização da modalidade prisional. Como salienta Gabriel Bertin de Almeida⁵, em artigo publicado no Boletim IBCCrim de dezembro de 2011, apesar de a Lei 12.403/11 não alterar o *caput* do art 312, trazendo ela inovações em relação à antiga sistemática prevista no CPP, reconheceu o caráter excepcional das medidas em apreço, deixando claro que a prisão preventiva será, sempre, a *ultima ratio*.

Diante da excepcionalidade das medidas cautelares no processo penal, num verdadeiro juízo de proporcionalidade, ponderando o interesse público que repousa sobre o sucesso do processo penal com as restrições eventualmente impostas à liberdade do indivíduo, deverá o juiz analisar a necessidade e a adequação da medida cautelar.

Mais que isso: somente após verificada, pelas circunstâncias do caso concreto, a impossibilidade de se utilizar outra medida cautelar de caráter pessoal, poderá ser decretada a prisão preventiva do acusado.

Nessa esteira, a Lei 12.403/11, modificando o art. 313 do CPP, evitando a decretação de medidas cautelares desproporcionais ao crime cometido e à pena a ele cominada, somente admite, como regra, a prisão preventiva em crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (inciso I). Isso porque, fora dessas hipóteses, a regra é a aplicação, ao final do processo, de benefícios como a suspensão condicional da pena ou a conversão dela em restritiva de direitos, impedindo

⁵ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n° 229, V. 19, p. 14-15, dez., 2011.

a restrição da liberdade do acusado. A prisão preventiva, assim, se revelaria desproporcional.

Outras hipóteses também são contempladas pela nova legislação, independentemente da pena aplicada, sendo elas: quando o acusado for reincidente em crime doloso já transitado em julgado (art. 313, inciso II), nos casos de violência doméstica e familiar (inciso III) e quando houver dúvidas quanto à identidade civil do acusado (parágrafo único).

A nova legislação, contudo, trouxe uma modalidade de prisão preventiva inédita no direito brasileiro: a atual redação do art. 312 do CPP prevê que a prisão preventiva “também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)”.

Não se trata, como alerta o articulista Gabriel Bertin de Almeida⁶, de medida automática, pelo contrário. Deve ser aplicada, apenas, após rigoroso juízo de proporcionalidade, após análise da necessidade e adequação da medida, justificável em situações graves, excepcionais, somente possível na impossibilidade de utilização de outras cautelares pessoais, exatamente como impõe o novo art. 282 do CPP.

4. A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO

4.1 O conceito de ordem pública

Após definir a prisão preventiva como modalidade de medida cautelar e proceder à análise dos requisitos e dos fundamentos que justificam a sua decretação,

⁶ Ibidem

passa-se, agora, ao estudo pormenorizado da referida modalidade prisional, começando, neste momento, pela conceituação do que seria “ordem pública”, para, somente depois, verificar a sua compatibilidade com o sistema de garantias processuais previstos na Constituição da República.

Conforme reconhece o jurista José Francisco Olios da Silveira⁷, a doutrina, de um modo geral, foge do tema, limitando-se a maioria dos autores ao estudo de outros assuntos, como o conceito de instrução criminal e aplicação da lei penal, que, todavia, não trazem o mesmo problema aos aplicadores do direito.

Segundo Gabriel Bertin de Almeida⁸, é muito comum, na falta de um conteúdo seguro a respeito, ver decisões proferidas em pedidos de prisão preventiva que simplesmente repetem a fórmula legal, afirmando, apenas, que a prisão é cabível para a garantia da ordem pública, sem mesmo tentar definir o que seja ordem pública e o porquê de sua garantia estar ameaçada. Tais, decisões, por óbvio, são todas nulas, por insuficiência de fundamentação.

O fato é que a lei é vaga e imprecisa quando trata do tema, não sendo possível extrair dela o seu real significado.

José Cretella Júnior⁹, em seu dicionário jurídico, dá um norte interpretativo. Para ele, que entende ser a noção de ordem pública “extremamente vaga e ampla”, a “segurança dos bens e das pessoas” e “a salubridade e a tranquilidade” do meio social formariam o seu fundamento.

A jurisprudência, apesar de muitas vezes utilizar o termo sem explicar o seu conteúdo e alcance, é quem se encarregou de delinear os seus contornos de forma mais precisa, trazendo consigo, na maioria dos seus julgados, a ideia de que prisão para

⁷ SILVEIRA, José Francisco Olios da. A prisão preventiva e a garantia da ordem pública. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº4, p. 92, out-nov 2000.

⁸ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. op. cit. p. 15.

⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Encicloédia Saraiva de Direito*, V.71, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 274.

garantir a ordem pública seria aquela feita para se evitar a prática de novos crimes, diante da periculosidade do agente. Essa é, há mais de dez anos, a posição do Supremo Tribunal Federal – STF sobre o tema.

Esse entendimento também é defendido por Gabriel Bertin de Almeida¹⁰. Segundo explica o doutrinador, a periculosidade do agente poderia ser aferida de duas formas: seja porque ele, de fato, veio a cometer, no curso do processo, novos crimes, seja porque ele poderia vir a fazê-lo novamente.

No primeiro caso, a reiteração criminosa indicaria a existência de personalidade voltada para o crime, o que justificaria a prisão preventiva como garantia da ordem pública. No segundo caso, para fazer uso do decreto prisional, teria o juiz que fazer uso de uma presunção (dupla, na verdade), já que até a resolução definitiva do caso penal não há prova concreta de que o acusado cometeu o crime e tampouco há certeza de que ele, em liberdade, voltará a cometer outros. Por trabalhar com presunções, exigindo de juízes e Tribunais maior esforço interpretativo, tal forma seria menos recomendada, dada a excepcionalidade da medida.

Corroborando o entendimento do STF a respeito, a nova redação do art. 282, I do CPP, determinada pela Lei 12.403/11, prevê que as medidas cautelares deverão ser aplicadas “nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”.

Apesar de no art. 312 do CPP não haver nenhuma menção à hipótese, seria esse um indício de que a prisão como garantia da ordem pública teria como finalidade justamente a acima citada, voltada a prevenir a prática de novos crimes, dada a periculosidade social do agente.

¹⁰ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 44, p. 80, jul-set/2003.

Mesmo sendo a atual jurisprudência do STF relativamente tranquila em relação ao conteúdo da expressão “garantia da ordem pública”, como visto, não faltam julgados mencionando, ainda nos dias de hoje, como fundamento para o decreto prisional em tais casos, razões como a credibilidade da justiça e o clamor público provocado pelo crime cometido.

Normalmente assim o fazem atrelando tais conceitos ao da periculosidade do agente e à possibilidade de reiteração de condutas criminosas, mas há aqueles que utilizam tais argumentos de forma autônoma.

A doutrina, com bastante razão, critica de forma veemente o uso de tais fundamentos para embasar, de forma autônoma, decisões que decretam a prisão preventiva do acusado.

Como explica José Francisco Olios da Silveira¹¹, o clamor público ou “comoção pública” teriam respaldo no sentimento de revolta que tomaria conta de uma dada comunidade, por conta do modo frio, covarde, cruel com que o delito imputado ao acusado fora cometido. Ora, ao assim decidir, nada mais faria o magistrado do que agir em resposta a um anseio social, coletivo, que nada tem de jurídico, promovendo apenas o sentimento de vingança perante aqueles afetados direta ou indiretamente pela prática do fato criminoso.

O clamor público, ainda, colocaria o julgador numa posição de mero executor de uma vontade que não é sua, mas de uma coletividade, que não raramente é apenas reflexo de campanhas levadas a cabo por veículos de mídia. A vontade do julgador, em tais casos, poderia não passar da mera reprodução da vontade da mídia.

4.2. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DA MODALIDADE PRISIONAL COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

¹¹ SILVEIRA, José Francisco Olios da. op. cit. p. 92.

4.2.1. A prisão preventiva como juízo antecipado de culpa

Sabe-se que a presunção de inocência/não culpabilidade é uma das garantias mais importantes que possui o cidadão frente ao arbítrio que possa vir a sofrer por parte do Estado. Funciona como uma espécie de barreira, a qual o Estado não tem legitimidade para violar. A presunção de inocência é, pois, uma garantia de proteção da liberdade individual contra eventuais arbítrios cometidos pelo Estado.

Segundo a doutrina garantista de Luigi Ferrajoli¹² (autor italiano que sedimentou as premissas da doutrina penal garantista), toda prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória mostrar-se-ia ilegítima e inadmissível, porquanto iria de encontro ao princípio da presunção de inocência/não culpabilidade.

Mesmo apresentando-se como um verdadeiro paradoxo frente os princípios basilares da doutrina garantista, a prisão provisória mostra-se excepcionalmente cabível e necessária dentro do direito processual penal brasileiro, desde que, como já explicado, utilizada como instrumento de tutela do próprio processo, enquanto medida cautelar que é.

Se é certo que não existe prisão preventiva boa, frente à indesejável renúncia a direitos e garantias individuais feita pelo magistrado que a aplica, o fato é que, na falta de outros meios eficazes de tutelar o processo, sua utilização mostra-se, mesmo que excepcionalmente, necessária.

O problema surge quando a prisão preventiva, que deveria ser utilizada em casos excepcionais, passa a ser banalizada, sob alegação da periculosidade do sujeito acusado pelos crimes ou por uma suposta possibilidade de reiteração delitiva, que, como já

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed., Saraiva: São Paulo, 2010, p. 851.

analisado, são as justificativas mais frequentes utilizadas pela jurisprudência pátria para fundamentar a prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública.

Há, nesses casos, como explica Camile Eltz de Lima¹³, uma verdadeira “perversão do instituto”, já que a medida perde seu caráter processual, instrumental, para se transformar em medida de defesa social contra acusados socialmente perigosos.

A prisão preventiva, que deveria proteger a eficácia do processo, passa a ser utilizada como meio de resguardo da segurança pública e da paz social, contra indivíduos supostamente perigosos, tudo sobre a alcunha da “garantia da ordem pública”, equivalendo-se, portanto, a um verdadeiro juízo antecipado de culpabilidade.

A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública, nesses casos, ganha ares de medida punitiva por antecipação, utilizada na maioria das vezes como forma de tentar viabilizar o resguardo social e restaurar a credibilidade do sistema judiciário, mesmo que às custas de dirietos individuais tão caros a uma sociedade dita democrática, que possui na Constituição o fundamento de validade de todo o seu sistema jurídico.

Como salientado, a função da prisão preventiva, pela sua natureza cautelar, é a tutela do próprio processo no qual ela foi decretada, visando garantir a sua eficácia, não a segurança pública ou a pacificação de conflitos. Qualquer decisão que se fundamente na defesa de valores que extrapolem o próprio processo será inconstitucional, representando juízo antecipado de culpabilidade.

Em tais situações, a prisão preventiva deixa de ser válida, passando a representar execução provisória de uma pena. São contrariados, desse modo, princípios básicos do processo moderno, respaldado nas garantias do contraditório e da ampla defesa. Não custa lembrar, aqui, o antigo brocardo latino, segundo o qual *nulla poena sine iudicio*.

¹³ LIMA, Camila Eltz de. A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, nº 11, p. 184-164, 2003.

Como se vê, ao assim proceder, são mitigados uma série de direitos constitucionais em nome de um sistema penal essencialmente repressivo, lastreado na crença de que o Direito e o Processo Penal são as respostas mais adequadas de que o Estado dispõe para sanar problemas sociais, políticos e econômicos que o país enfrenta.

Por não possuir finalidade cautelar, destinando-se, ao contrário, à tutela da segurança pública, representando, por essa razão, verdadeiro juízo antecipado de culpabilidade, a prisão preventiva decretada como forma de garantir a ordem pública não pode ser admitida diante do sistema de princípios e garantias processuais previstos na Constituição da República.

Caso se entenda, contudo, que o Estado não possui meios de conter a escalada da violência através de seus programas sociais regulares e, mais ainda, que a prisão preventiva é, sim, meio hábil para tal (hipótese, no mínimo, discutível), então que se emende a Constituição da República, criando exceção expressa (muitíssimo perigosa, por sinal) ao princípio da presunção de inocência/não culpabilidade, absoluto segundo os moldes atuais. Da forma com que a matéria é tratada no texto vigente, entretanto, qualquer decreto prisional fundado na chamada garantia da ordem pública será, invariavelmente, inconstitucional.

4.2.2. A prisão preventiva como garantia da ordem pública e o princípio da tipicidade das cautelares pessoais

A despeito da falta de conteúdo cautelar nas decisões que decretam a prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, há uma segunda razão que apontaria para a inconstitucionalidade da modalidade: é que a expressão “garantia da ordem pública”, por si só, da forma vaga e imprecisa com que é colocada pela

legislação processual penal no Brasil, sem qualquer adjetivos ou qualificações, não seria fundamento suficiente para viabilizar a sua decretação.

Apesar de juízes e Tribunais lhe atribuírem o sentido de prevenir a reiteração criminosa, certo é que assim o fazem através de esforço hermenêutico incompatível com o sistema constitucional de garantias processuais.

Mesmo antes da reforma promovida pela Lei 12.403/11, a doutrina, de forma uníssona, sempre afirmou ser taxativo o rol das medidas cautelares pessoais previsto na legislação processual penal, não se admitindo, assim, a criação de novas modalidades ou a ampliação do seu conteúdo pelo intérprete em nome do poder geral de cautela do juiz, ao contrário do tratamento dado às medidas cautelares reais.

O motivo é bastante simples: as medidas cautelares pessoais, diferente das reais (que recaem sobre bens e direitos do acusado), restringem a sua liberdade ambulatorial, o que é possível, apenas, em hipóteses excepcionalíssimas, como já apontado, em decisões devidamente fundamentadas, de modo que tanto o seu paciente quanto à sociedade possam exercer o controle sobre as decisões que as decretam.

O conceito de ordem pública, contudo, da forma com que é colocado no art. 312 do CPP, é excessivamente abstrato, subjetivo, não possuindo conteúdo claro, definido, o que inviabiliza por completo o seu controle pelos destinatários da norma acima mencionados.

Como bem observado por Camile Eltz de Lima¹⁴:

Por conter um evidente juízo de valor, dada a ambiguidade da expressão, a decisão que decreta a prisão preventiva com base neste fundamento é (sempre) autoritária, vez que tal locução não é suscetível de prova ou de refutação. Por tais razões, ofende os axiomas (garantistas) da *nulla accusatio sine probatione* – não se pode admitir uma segregação que não esteja embasada num fundamento concreto e que não esteja definido pela legislação – e da *nulla probatio sine defensione* – não há possibilidade de se exercer a defesa pela impossibilidade de se realizar contraprova.

¹⁴ Ibidem

Vê-se, assim, que a prisão preventiva ofende o princípio da legalidade, que, no âmbito do processo penal, impõe a taxatividade das hipóteses em que a liberdade do acusado será restringida.

Como consequência inevitável, acaba por violar, igualmente, o princípio do contraditório e da ampla defesa, por representar ao paciente da medida fundamento impossível de ser refutado empiricamente, dada a imprecisão e a vagueza da locução.

Falta, portanto, para viabilizar a aplicação do instituto, indispensável regulamentação legal, a despeito (obviamente) da sua falta de natureza cautelar, ante a falta de exceções constitucionais expressas ao princípio da presunção de inocência/não culpabilidade no texto constitucional.

A verdade é que, da forma em que o instituto está colocado na legislação processual brasileira, a prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública acaba se tornando verdadeiro *standard*, cláusula aberta utilizada por juízes e Tribunais para justificar prisões arbitrárias, que, lamentavelmente, buscam através do decreto prisional finalidades não contempladas pela Lei e pela Constituição da República.

5. DIREITO PENAL DO INIMIGO E A PRISÃO PREVENTIVA COMO PRODUTO DE CONSUMO PELAS MASSAS

Por fim, não custa chamar atenção, aqui, para os efeitos perniciosos do uso abusivo e reiterado da referida medida (dita cautelar), principalmente quando seus sujeitos passivos são, via de regra, indivíduos provenientes de tecidos sociais menos abastados, alvos principais do chamado direito penal do inimigo.

Conforme ressalva Marisa Bueno e Rogério Maia Garcia¹⁵, em importante estudo publicado na obra “A crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal”, o “mais” pode também representar o “menos”, numa clara alusão à ineficiência e aos poucos resultados obtidos quando utilizada a medida no combate à reiteração de condutas criminosas. Vejamos, adiante, alguns pontos fundamentais do seu trabalho.

Não é novidade que, atualmente, muitos ordenamentos jurídicos (como o caso do brasileiro) vivem um processo de hipercriminalização de condutas. O Estado, na tentativa de dar uma resposta imediata aos anseios da população, que vive aflita diante de alarmantes índices de criminalidade nas grandes cidades, promove a criação contínua de leis e tipos penais. Tal processo levou a ser cunhada a expressão “direito penal de emergência”.

Tudo isso influenciado pelas doutrinas penais máximas, cujo paradigma principal é o propagado modelo de “tolerância zero”, criando na população a falaciosa sensação de que os problemas sociais estão sendo amenizados.

Lembram os citados autores¹⁶, entretanto, que, ao invés de atacar a verdadeira gênese do problema da criminalidade, tais modelos apenas miram (de forma bastante raze, superficial) suas conseqüências, sem trazer, com isso, grandes benefícios ao corpo social.

Dentro desse processo, o Estado acaba por eleger verdadeiros “inimigos”, alvos dessa legislação penal emergencial, cuja periculosidade supostamente preocupa toda a sociedade, justificando, assim, o seu afastamento do convívio social, mesmo quando violados direitos humanos e garantias processuais básicas suas.

¹⁵ BUENO, Marisa; GARCIA, Rogério Maia. A crise do sistema punitivo: entre a hipercriminalização e a prisão preventiva como antecipação de pena. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringheli de; CARVALHO, Salo de. *A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 50.

¹⁶ Ibidem

Medidas drásticas, como a prisão preventiva, que deveriam ser utilizadas apenas em hipóteses excepcionais, acabam por se tornar regra em tais casos, valendo-se de conceitos jurídicos vagos e indeterminados para promover o encarceramento em massa de pessoas que cometem crimes típicos das populações de baixa renda.

O sujeito acusado pela conduta criminosa, pela sua especial posição em que se encontra dentro do ordenamento jurídico, deixa de ser tratado com a dignidade que, enquanto cidadão, tem direito, a ele sendo aplicado o tratamento digno do inimigo de guerra.

O direito, assim, se afasta do indispensável princípio de isonomia que o informa desde as revoluções liberais ocorridas durante os últimos anos do século XVIII e início do século XIX.

Não se pode perder de vista, também, que as garantias processuais não são meras garantias do acusado, tido individualmente, de forma isolada; ao contrário, são garantias aplicáveis ao processo enquanto parte de um sistema, inserido dentro de uma sociedade, de que ninguém estará submetido às arbitrariedades porventura cometidas pelo Estado.

O fenômeno mencionado, registre-se, se agrava ainda mais pela sociedade de consumo, que trata os acontecimentos sociais sob a lógica mercadológica, transformando tudo em objeto de consumo pelas massas, inclusive o processo penal, fazendo surgir a chamada “cultura de consumo da violência”, como mencionam Marisa Bueno e Rogério Maia Garcia em seu estudo¹⁷.

O grande público, em sua casa, é bombardeado, a todo momento, por reportagens, documentários, filmes sensacionalistas, que, abordando o problema da violência de forma extremamente superficial, criam um ótimo produto de consumo.

Conforme explicam os autores do estudo ora abordado¹⁸:

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem

Assim, tanto a programação de televisão como a pauta dos periódicos são permeados não apenas pelos sucessos do mercado de entretenimento, mas também pela veiculação maciça de reportagens envolvendo a prisão de indivíduos, muitas vezes ainda nem processados, que têm sua privacidade dilacerada pelos textos e imagens exibidos.

O processo penal, torna-se, assim, componente fundamental da cultura de consumo da violência. A mídia, muitas vezes descompromissada com debates sérios sobre o tema, sem se preocupar em esclarecer o público leigo a respeito das minúcias do sistema jurídico brasileiro, aborda o assunto de forma fácil, sensacionalista, de modo a torná-lo mais consumível por todos.

Ao repetir, de forma reiterada, o discurso da violência desenfreada, transmitindo, constantemente, imagens de pessoas sendo levadas à prisão, faz da medida a única solução para a criminalidade nas grandes cidades, colocando juízes e Tribunais que se posicionam de forma contrária como verdadeiros vilões da sociedade.

Fica mais fácil entender, nesse contexto, decisões judiciais que fundamentam a prisão preventiva como garantia da ordem pública na ideia de “clamor público”, “alarma social”, etc.

Com isso, a liberdade, que é a regra, passa a ser exceção. Medidas excepcionais, como a prisão preventiva, em especial a decretada como garantia da ordem pública, passam, em determinadas situações, a ser quase automáticas.

O alvo, como se sabe, são os inimigos de sempre, aquele grupo de indivíduos que comete os crimes que tanto assustam os integrantes das classes sociais mais altas, num processo que apenas reforça o estigma, o preconceito.

Nada disso, entretanto, ajuda o Brasil a cumprir a promessa constitucional mais importante de todas: a de construir uma sociedade democrática, igualitária, sem desigualdades sociais ou preconceitos, que preza, sempre, pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Resta bastante clara, então, a inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública, seja por não possuir a sobredita medida natureza cautelar (representando, assim, um juízo antecipado de culpabilidade), seja por se fundar ela em conceito extremamente vago e impreciso, violando o princípio da legalidade (que impõe, no processo penal, a taxatividade das medidas cautelares pessoais), o que dificulta a defesa do acusado.

Deve ser observado, conforme dito anteriormente, que a prisão preventiva, como um todo, revela-se, muitas vezes, um mal necessário, sendo a sua retirada do ordenamento jurídico inviável. A sua decretação, em diversas oportunidades, ainda se mostra indispensável para assegurar o regular desenvolvimento do processo no qual é decretada. Nesses casos, entretanto, a medida possuirá natureza cautelar, hipótese admitida segundo os princípios informadores do Processo Penal extraídos da Constituição da República.

Para a sua utilização, contudo, é imprescindível o respeito aos requisitos cautelares gerais do processo, como o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, devendo ser utilizada, apenas, como recurso último, extremo e excepcional, precedido de indispensável juízo de ponderação, sempre que o julgador se encontrar diante de fatos sérios e provados, não de meras presunções, ante a indesejada restrição à liberdade do acusado.

No mais, as decisões que a decretarem deverão estar amplamente fundamentadas, proferidas por juiz competente e imparcial, possibilitando não só a defesa do acusado, como, também, o seu controle social.

Fundamentos baseados em conceitos amplos, como a garantia da ordem pública, investidos de carga emocional (oportunisticamente intensificados pela mídia), devem ser descartados pelo intérprete que busca a aplicação adequada da modalidade prisional, visto que servem apenas para acalmar o clamor público e o anseio social por justiça. O jurista, ao contrário, deve se ater apenas às normas jurídicas, sobretudo àquelas de origem constitucional, cujos efeito irradiam sobre todo o sistema, abstraindo-se, ao máximo, o senso comum.

Somente assim a prisão preventiva deixará de representar ao acusado antecipação de sua pena, alçando o princípio da presunção de inocência/não culpabilidade como regra de tratamento básica a ser utilizada no processo penal. Tal regra, quando afastada, apenas serve para reforçar o processo estigmatizante que a prisão exerce sobre seus pacientes, que, na maioria dos casos, são justamente aqueles inimigos eleitos pelo sistema penal, na contramão da sociedade justa e democrática que a Constituição propõe aos cidadãos brasileiros.

Se é possível enxergar na prisão preventiva meio apto à tutela da paz social, utilizada para evitar a reiteração de prática criminosas, como defendido pela jurisprudência, que se promova a reforma do texto constitucional, que não prevê nenhuma exceção ao princípio da presunção de inocência/não culpabilidade, pois, na sistemática vigente, qualquer prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública será inconstitucional.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 44, p. 71-85, jul-set/2003.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n° 229, V. 19, p. 14-15, dez., 2011.

BUENO, Marisa; GARCIA, Rogério Maia. A crise do sistema punitivo: entre a hipercriminalização e a prisão preventiva como antecipação de pena. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringheli de; CARVALHO, Salo de. *A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 49-56.

CRETELLA JUNIOR, José. *Encicloédia Saraiva de Direito*, V.71, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 274.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed., Saraiva: São Paulo, 2010, p. 851.

LIMA, Camila Eltz de. A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n° 11, p. 184-164, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. Breves considerações sobre o requisito e o o fundamento das prisões cautelares, *Informativo ITEC*, Porto Alegre, ano II, n° 5, p. 14-17, abril-junho 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 577.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 712.

SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. A prisão preventiva e a garantia da ordem pública. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n°4, p. 89-95, out-nov 2000.