

A Constitucionalidade do Fundamento “Ordem Pública” do Art. 312 do CPP – Necessidade de Observância da Cláusula de Reserva de Plenário para Afastar a Incidência, no Todo ou em Parte, do Referido Dispositivo Legal

Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes¹

A Lei nº 12.403, de 04/05/2011, embora acrescente um parágrafo único ao art. 312 do CPP, manteve a redação original do “caput” do dispositivo. Assim, a prisão preventiva poderá ser decretada como “garantia da ordem pública”, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser comum a alegação de inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Os defensores dessa corrente enunciam que tal fundamento não teria qualquer finalidade de acautelamento da Instrução Criminal, buscando tutelar, tão somente, interesses genéricos da sociedade, como medida de segurança coletiva. Atuar além desse limite implicaria antecipação de pena, fundamentada em aspectos não ligados ao processo individualmente considerado.

Entretanto, ainda prevalece, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, a defesa da constitucionalidade da norma processual vigente,

¹ Juiz de Direito da 37ª Vara Criminal - Capital.

quanto ao fundamento da ordem pública. De acordo com Guilherme de Souza Nucci², “devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal”. Em decorrência, a decretação de prisão preventiva busca responder a quesitos básicos, como “gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa”.

Nestes termos, se a infração penal repercute de modo intenso em determinada comunidade, a comoção social, a insegurança coletiva e o sentimento de impunidade podem justificar a aplicação da prisão cautelar, mesmo que o meio social atingido seja um bairro ou uma pequena comunidade.

De outra sorte, a ousadia do agente na realização do delito, bem como a premeditação ou o uso de métodos cruéis ou frívolos de execução, segundo o mestre, podem criar excepcionalidade ou anormalidade na conduta imputada, de modo a justificar a decretação da prisão preventiva.

Outros fatores, como a possibilidade de reiteração delituosa, a personalidade sádica ou perversa, a péssima conduta social e o envolvimento com organizações criminosas são motivos que podem causar intranquilidade social, evidenciando não só a periculosidade do indiciado ou acusado, como também a necessidade de seu encarceramento.

A posição do Professor Nucci vem tendo ampla aceitação na doutrina. Assim é que Andrey Borges de Mendonça³ salienta que

“não se pode esquecer, portanto, dos objetivos de tutela de ordem social que, de igual modo, visa o processo penal, nas lições dos portugueses Rui Pinheiro e Artur Maurício. (...) Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva, para fins de garantia da ordem

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, p. 63/65.

3 MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 267.

pública, não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto e iminente em seus bens jurídicos relevantes” (grifos do original).

No que tange à jurisprudência, são inúmeras as decisões do STF no sentido de que a fundamentação da medida cautelar de prisão preventiva com base na ordem pública é legítima e constitucional, como podemos ver dos HCs nº 106.293/SP, 89.143/PR, 99.181/SP, 84.658/PE, dentre outros.

Nessa linha, a Corte Suprema vem decidindo, por exemplo, que:

“a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos⁴”; “A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal⁵”; “A prisão preventiva do paciente, conforme se infere do decreto prisional e da sentença condenatória, foi decretada para a garantia da ordem pública, tendo em vista a sua participação em cerca de outros vinte roubos de motocicletas, o que evidencia a prática reiterada de crimes e, por conseguinte, a periculosidade do acusado⁶”; e “a periculosidade do agente concretamente demonstrada, como no caso, acrescida da possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública⁷”.

4 HC nº 84.658/PE – Relator Ministro Joaquim Barbosa – 2ª Turma – DJ 03/06/2005.

5 HC nº 89.143/PR – Relatora Ministra Ellen Gracie – 2ª Turma – Sessão de 10/06/2008.

6 HC nº 99.181/SP – Relator Ministro Joaquim Barbosa – 2ª Turma – Sessão de 14/06/2011.

7 HC nº 104.346/SP – Relator Ministro Luiz Fux – 1ª Turma – Sessão de 07/06/2011; cit. HC nº 104.699/SP – Relatora Ministra Carmen Lúcia – 1ª Turma – DJ de 23/11/2010.

Não há dúvida, portanto, que, no âmbito do STF, por suas duas Turmas, a necessidade da prisão preventiva, quando presente risco para a ordem pública, é motivo legítimo para justificar o encarceramento do indiciado, em inquérito policial, ou do acusado, em ação penal.

O Tribunal Pleno, da mesma forma, já se pronunciou sobre a questão.

No "*Habeas Corpus*" nº 83.868-5/AM, a Ministra Ellen Gracie analisou a matéria com profundidade, sustentando que a maioria dos países europeus admite a decretação da prisão cautelar para evitar a reiteração criminosa. Portugal, no art. 204, "c", do Código de Processo Penal, permite a prisão preventiva na hipótese de "*perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa*".

Conclui a Ministra que "*há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso à prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais*". Afirma, ainda, que "*a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário*⁸".

No mesmo julgamento, o Ministro Carlos Britto salienta que os elementos conceituais do fundamento "ordem pública" têm origem na necessidade de preservação da credibilidade das instituições. Destaca que o artigo 136 da Constituição Federal, que trata do Estado de Defesa, faz associação entre a ordem pública e o bem jurídico da paz social.

Assinala que

"o modo de execução do crime, revelador, portanto, dessa personalidade atrevidamente desafiadora das instituições – até porque a Juíza também revelava que ele propalava isso, debochava -, desafiadora da seriedade das instituições, descambaria, se não encontrasse resposta judiciária pronta, para uma situação de descrédito das instituições, notadamente, da própria Justiça, da própria Justiça (sic)".

8 HC nº 83.868-5/AM – Ministra Ellen Gracie - Sessão de 05/03/2009.

No que se refere ao controle de constitucionalidade das normas, o sistema brasileiro, partindo do controle incidental puro – de inspiração norte-americana –, foi, aos poucos, incorporando institutos de controle concentrado europeu.

Com a Constituição de 1988, o controle concentrado ganhou mais abrangência, pois a nova Carta estabeleceu, como legitimados para a propositura da ADIN – além do Procurador Geral da República –, o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Conselho Federal da OAB, os Partidos Políticos e entidades de classe de âmbito nacional.

Posteriormente, já na Emenda Constitucional nº 03/1993, acrescentou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que poderia conferir efeitos vinculantes a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, inclusive para medidas cautelares.

Dentro dessa progressão, as normas previstas no Código de Processo Civil, reformado em 1998, passaram a dispor que recursos manifestamente contrários à jurisprudência predominante poderiam ter negado o seu seguimento. Da mesma forma, se a decisão for manifestamente contrária a tal jurisprudência, o Relator, em decisão monocrática, poderá dar provimento ao recurso.

Assim, mesmo no âmbito incidental, verifica-se que a jurisprudência do STF ganhou caráter normativo, tendo efeitos para as partes e, também, “*erga omnes*” e abstratos.

As Leis nº 9.868/99 e 9.882/2000 conferiram aos procedimentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade caráter de processo legislativo, prevendo audiências públicas e a possibilidade de concessão de efeitos diferidos no tempo (“modulação”). Os efeitos das decisões terão eficácia “*erga omnes*” e vinculantes aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, em todos os níveis, compreendendo, inclusive, a interpretação conforme a Constituição e a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade, sem redução de texto.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 instituiu a chamada Súmula de efeitos vinculantes, com o objetivo de regulamentar a validade, a inter-

pretação e a eficácia de normas acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública. Uma vez editada a Súmula Vinculante, de qualquer ato administrativo ou decisão judicial que a contrariar, caberá Reclamação ao STF, que anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, determinando que outra seja proferida.

Recentemente, em junho de 2008, o STF, interpretando o art. 97 da Constituição Federal, editou a Súmula Vinculante nº 10⁹. De acordo com a norma sumular, a chamada “reserva de plenário” vigora mesmo nas hipóteses em que a discussão não tem a inconstitucionalidade como tema principal.

Os órgãos fracionários dos tribunais estão impedidos de acolher arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato, devendo submeter a questão ao Pleno ou Órgão Especial, salvo nos casos em que já houver pronunciamento do próprio tribunal plenário ou do STF sobre a questão.

De outra sorte, nos últimos anos, vem ganhando força a tese da “transcendência dos motivos determinantes” das decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que no controle incidental.

Mesmo antes das profundas transformações da legislação de controle de constitucionalidade, a “abstrativização” do controle difuso já era defendida pelo Ministro Moreira Alves, que, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01/1993, perguntava se fazia sentido “*não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país*”. Considerava que não se deviam fomentar “*decisões expressivas de rebeldia*”, inexistindo interesse público nesse tipo de política.

No mesmo diapasão, Gilmar Mendes, no Processo Administrativo nº 318.715/STF, sustentou que o Recurso Extraordinário deixa de ter caráter subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir “*a função de defesa da ordem constitucional objetiva*”. A função dos REs não é a de resolver conflitos entre partes, nem o de revisar a decisão das “*cortes inferiores*”, sendo uma ferramenta para que o STF analise a validade em abstrato da norma impugnada.

9 “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Tal entendimento foi seguido pela Ministra Ellen Gracie, no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, de 2004, no qual foi dispensado o requisito do prequestionamento, porquanto a inconstitucionalidade de lei municipal já havia sido declarada pelo próprio STF. O precedente foi aplicado a todos os casos análogos.

Sepúlveda Pertence, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 298.694/2004, salientou que o RE *“transcende ao interesse das partes e se amolda como instrumento para controle abstrato da constitucionalidade”*.

Em 23/02/2006, no julgamento do *“Habeas Corpus”* nº 82.959, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, concedendo ao Paciente o direito de progressão de regime, bem como destacando que a declaração não geraria consequências jurídicas para as penas já extintas.

Havendo resistência em generalizar o entendimento para outros beneficiados, porque os efeitos da decisão eram *“inter partes”* e não havia sido a norma suspensa pelo Senado, foi ajuizada a Reclamação nº 4.335/2006, contra decisão da Vara de Execução Penal de Rio Branco, no Acre, que mantinha a validade da norma declarada inconstitucional.

A Reclamação gerou divergência no próprio STF, tendo os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau proferido votos no sentido de que qualquer decisão de declaração de inconstitucionalidade, mesmo na via concreta, possui efeitos *“erga omnes”*, não havendo necessidade da Resolução prevista no art. 52, X, da Constituição Federal. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, defendeu, expressamente, que *“ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, O CONSTITUINTE RESTRINGIU A AMPLITUDE DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE”* (grifos nossos).

A conclusão é que a Corte Suprema, por seu Pleno, bem como por suas Turmas, vem decidindo, reiteradamente, que o fundamento *“ordem pública”* do art. 312 do Código de Processo Penal encontra acolhimento nos princípios da Constituição Federal, sendo patente, não só a constitucionalidade da norma processual vigente – mantida pela Lei

nº 12.403/2011 -, como também a necessidade de sua existência para a preservação da paz social.

Essa corrente jurisprudencial pacífica encontra apoio na melhor doutrina processual.

Em decorrência, podemos asseverar que, havendo decisões de tribunais inferiores ao STF em sentido contrário, poderá ser utilizada, na forma do art. 103-A, § 3º, da CF, a Reclamação, com base na “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”, para manter a soberania da jurisprudência dominante na Corte Suprema e cassar a decisão judicial reclamada, inclusive se proferida por Juízes singulares.

Por outro lado, em obediência ao Enunciado nº 10 da Súmula do STF, os órgãos fracionários de todos os tribunais não poderão negar vigência ao fundamento “ordem pública” do art. 312 do CPP. Diante da inexistência de norma específica na lei processual penal, deverá ser obedecido o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC, aplicados analogicamente.

No caso de decisão plenária contrária à vigência do art. 312 do CPP, poderá haver cassação do Acórdão, mediante Reclamação, porque em evidente discordância com a jurisprudência dominante no STF.

As decisões reiteradas da Corte Suprema sobre a matéria, portanto, têm caráter vinculante, “*erga omnes*”, e devem ser utilizadas como paradigmas para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nas três esferas.

A mudança na legislação brasileira acerca da prisão preventiva, pois, não trouxe nenhuma mudança a respeito da legitimidade do fundamento “ordem pública”, que encontra justificação constitucional, consoante jurisprudência reiterada do STF, e segue a lógica da evolução dos instrumentos de proteção da paz social.

Se a própria Corte Suprema vem reconhecendo que a natureza das decisões de decretação de prisão preventiva pode ter por fundamento o acautelamento do meio social, evitando a instabilidade das instituições, não existe sentido em negar vigência a tal dispositivo, o que justifica a utilização dos modernos meios de uniformização e vinculação da jurisprudência, previstos na Constituição Federal, de modo a preservar a segurança jurídica. ◆