

A DISCUSSÃO PROCESSUAL DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

Área Temática: Direito

Marcus Vinícius Pimenta Lopes¹ e Rafael Lima Ribeiro²

¹ Advogado Criminalista

² Pós-graduado em Ciências Penais, Pesquisador associado do Grupo de Pesquisa “Mídia e Criminalidade” da ESBH e membro da comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Minas Gerais- CDH/OABMG.

RESUMO

Este artigo discorrerá sobre a “ordem pública” como fundamento da decretação da prisão preventiva, para tanto verificará que essa espécie de prisão provisória deveria obrigatoriamente expressar a cautelaridade processual penal, uma vez que o seu fito é garantir a eficácia do processo principal. De modo que, inexistindo sentença penal com o trânsito em julgado, deveriam ser garantidos os direitos fundamentais do acusado, principalmente o Estado de Inocência, para que não haja um processo penal de autor, em detrimento de uma persecução penal democrática e garantista.

Palavras-chave: Processo Penal, prisão preventiva, garantia da ordem pública.

1. INTRODUÇÃO

A realidade latino-americana conhece um alarmante estado de banalização das prisões cautelares, só no Brasil há mais de 195 mil¹ pessoas presas nesta condição. Nesse sentido, o que se percebe é que ao revés de diminuir a violência supostamente cometida em razão do crime, a medida emergencial e enérgica quando despida de sua base constitucionalmente reconhecida é inócua e nociva ao processo penal de base democrática. Busca-se aqui perquirir a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva delineada, inclusive na recente lei 12.403/2011 - que deu nova redação ao código de processo penal no que toca às prisões provisórias e outras medidas cautelares-, esta medida

não encontra coro único na processualística penal e é motivo de árduo debate até o momento.

A análise que aqui se pretende considerará a perspectiva de um Processo Penal democrático, que especialmente no caso brasileiro, vem se maturando pós Constituição de 1988.

Assim, numa inevitável Constitucionalização de todo o direito, o processo penal teria uma especial inversão de sentido, não mais se admitiria um “processo penal - persecução cega” a verdades distantes das praticáveis racionalidades a que se pretende o direito, mas sim uma perspectiva de garantia do indiciado/acusado.

Neste ponto, o instituto da prisão preventiva deve dialogar com a ordem democrática que a estabelece.

¹ Segundo dados sintéticos da população carcerária, disponível no sítio na internet do Ministério da Justiça do Brasil.

2. PRISÃO PREVENTIVA E ORDEM DEMOCRÁTICA

Pode não parecer, mas o direito penal é somente uma parte do controle social, provavelmente, a mais drástica intervenção na vida de uma pessoa. De tal sorte, que esta intervenção só pode ser feita consoante a disciplina de normas materiais (leis penais) e processuais penais. As normas materiais iniciam-se com a legalidade e com a ordem democrática que a estabelece. As garantias do indivíduo estabelecidas nas normas processuais penais se iniciam com o princípio do Estado de Inocência.

Assim, mesmo com a confissão antecipada², sempre que houver a notícia de um crime, haverá procedimentos para apuração e processamento desta notícia, que desafiam as regras jurídico-penais e respeitarão por todo o curso do processo a não culpabilidade da pessoa em juízo. A partir dessa constatação, temos que noticiado o crime, deverá ser procurada a justa causa penal (certeza da materialidade e indícios de autoria) e posteriormente iniciar ou não o procedimento, assegurando sua eficácia e as garantias do indivíduo acusado.

Materializada pelas custodias *ante tempus*, a eficácia do processo ou garantia do eficaz curso dos procedimentos penais encontra o requisito da cautelaridade como força motriz. É certo que as categorias processuais penais não podem, ou não devem ser interpretadas sobre as lentes do processo civil. Assim, é que falando do processo penal se perguntava Carnelutti:

*“quando cinderela terá suas próprias roupas”*³. Ainda que cientes da lição do mestre italiano, observamos que aqui a cautelaridade processual encontra alguma similitude, pois o seu fito tanto cível, quanto penal é a garantia de um processo eficaz.

3. A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

O conceito de ordem pública, enquanto categoria processual penal é bastante polêmico. De modo arcaico para De Plácido e Silva, por ordem pública

Entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protestos. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada⁴.

Para a garantia de tal ordem pública se encontraria como legítima a prisão preventiva, que, conforme Pacelli de Oliveira “(...) se dispõe a conter situações de risco de reiteração criminosa, a serem aferidas pela natureza e gravidade do crime em apuração”⁵.

Todavia, desde há muito a doutrina não é uníssona em relação aos elementos que caracterizariam a ordem pública conforme delineado pelo autor supracitado, nem mesmo quanto à própria legitimidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

² BAUMANN, Jurgen. **Derecho procesal penal** - Conceptos fundamentales y principios procesales- Introduccion sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p.1-5.

³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 988.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 2011.p. 589.

Nesta perspectiva, segue a lição de Tourinho Filho:

A lei fala em garantia da ordem pública. Que se entende por ordem pública? Segundo De Plácido e Silva, ela representa a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (Vocabulário jurídico, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 1101). Ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social. Várias situações podem traduzi-la tamanha a vaguidade da expressão. O eminente Des. Amilton Bueno de Carvalho, analisando-a, observou com extrema propriedade: "Ordem pública" é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, facilmente enquadrável em qualquer situação" (voto vencedor no RSE 70006880447, 5ª Câmara do TJRS, j. em 29.10.03).⁶

3.1 Crítica à dinâmica da ordem pública no processo penal

A discussão acerca da natureza processual da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva é uma das inquietantes dentro da perspectiva do processo penal de natureza democrática, pois o processo de acerto do direito⁷,

ou do caso penal⁸, só se legitima num Estado Democrático de Direito segundo o Devido Processo Legal⁹. O devido processo legal dita a dinâmica processual penal, no que diz respeito ao tempo para formação da culpa, aos direitos de defesa e diante de tudo isto consagra o Estado de Inocência como garantia inarredável de todos os indivíduos, nacionais ou não frente ao poder punitivo do Estado.

Depreende-se daí que não há culpado em um Estado de Direito sem um devido processo legal, que possibilite a compreensão do caso penal a partir da possibilidade de participação ativa das partes, desde que não ajam ilicitamente em afronta ao curso dos procedimentos, para que ao final construa-se um provimento final condenatório ou não.

3.2 Cautelar ou não cautelar, eis a questão?

A prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública se apresenta como fenômeno exoprocedimental (exterior à estrutura do procedimento), e não endoprocedimental (pertencente à estrutura do procedimento) – por, evidentemente se tratar de probabilidade do cometimento de novo delito e não de fato relacionado ao objeto do processo, que é sempre sobre um fato do passado. Sendo assim, esta modalidade de prisão não pode ser considerada cautelar, dado que não visa “dar efetividade” a um processo¹⁰.

Desse modo, se esta prisão não é cautelar, se é motivada por fato exterior ao processo, logo é sanção antecipada – sem processo sem cognição, contra o Estado de

⁶ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009, p. 11.

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2008, p. 140.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Jurua, 1998, p. 138-145.

⁹ DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira, *idem*, p. 300.

Inocência e contra o Devido Processo Legal.

De acordo com os princípios orientadores do Devido Processo Legal¹¹, a prisão cautelar somente se realiza nos atos da estrutura procedimental, ou seja, apenas quando inserida no procedimento. Ela é considerada “garantia da ordem pública”, um fenômeno exterior ao procedimento que ao invés de se legitimar no Devido Processo Legal, passa a ir frontalmente a este princípio constitucional; pois, sem ser parte do processo, ou do procedimento, não é também cautelar. Não existe, portanto, em nosso ordenamento jurídico outro princípio constitucional que a legitime¹², uma vez que a “garantia da ordem pública”, como fundamento de prisão cautelar, não se apresenta como possível no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Assim, a “garantia da ordem pública” passa a ser apenas uma ferramenta hermenêutica antidemocrática (já que sem o Devido Processo Legal), para manter o controle social via direito e processo penal, sendo meio que visa atender aos interesses da classe dominante, que muito se interessa pelo cumprimento do *clamor público*.

É em função do citado clamor - exercido através da opinião pública, jurisprudência e doutrina -, que existem prisões preventivas com fundamento na ordem pública, uma vez que tal medida somente se justifica pela probabilidade de cometimento de novo delito¹³, fato que é absolutamente impossível de ser observado, seja pelo processo, pela psicologia, ou por qualquer meio imaginável (incluindo a reincidência e os antecedentes). Desse modo, é via hermenêutica que se realiza uma sanção

antecipada, que atende à consciência de um juiz que se acha Hércules.

O que se vê no presente caso é uma sanção sem processo, logo ilegítima sob o prisma legalista e democrático. Dessa forma, dizer que alguém deve ser preso *previamente* por probabilidade de cometer um ilícito nada mais é do que um retorno ao tempo das ordálias e dos duelos, configurando uma lamentável busca esotérica e impossível por uma previsão determinista da ação humana - que é impossível no nosso “ordenamento penal finalístico”, seguidor da doutrina do livre-arbítrio¹⁴.

Por fim, pergunta-se: como prever o *iter criminis* de um ser dotado de livre-arbítrio e se perceber isto no processo?

Responde-se: não há como, nem de maneira democraticamente legitimada pelo Devido Processo Legal, nem de maneira alguma. Não há como se prever - seja pelo critério que se desejar - que um sujeito é mais provável de cometer um crime do que outro, daí a inconstitucionalidade da reincidência argumentada por Zaffaroni¹⁵.

Ademais, num sistema processual acusatório como o brasileiro, em que a acusação se mistura com o objeto da ação penal¹⁶, tratar na estrutura do procedimento de algo exterior ao objeto do processo é um contrassenso, ilógico, além de ser inquisitivo!

O que se percebe é que o conceito de “ordem pública” é vago, logo antigarantista-

¹¹ Sobre legitimação da jurisdição pelo processo vide: LEAL, Rosemiro Pereira, *ibidem*.

¹² *Idem*, p. 32-39.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010.

¹⁴ Quanto a isto: Santo Tomás, Grócio, Locke, Voltaire, Rousseau, e todos os posteriores filósofos idealistas e espiritualistas.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Reincidencia**. In: Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.

¹⁶ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 114-119.

legalista¹⁷, assim impossível de causar restrição à liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, seja como prisão cautelar ou mesmo como prisão pena.

4. CONCLUSÃO

O processo de acerto do caso penal só se legitima em um Estado Democrático de Direito, que observa o devido processo legal. Assim, a prisão fundamentada na ordem pública não é cautelar, ou seja, não pertence a tal instituto jurídico.

Ao tratar de fato exterior ao objeto da ação penal, que no sistema acusatório se limita à acusação, a prisão com fundamento na ordem pública não se encaixa no sistema acusatório, uma vez que, não está vinculada aos fatos pretéritos narrados na denúncia, mas sim a imprevisíveis fatos futuros, impassíveis de verificação.

O conceito de “ordem pública” é vago, logo antigarantista-legalista, inaplicável em causar restrição à liberdade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, sob a matriz do Estado Democrático de Direito, a “ordem pública” não é fundamento legítimo da prisão preventiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMANN, J. **Derecho procesal penal** - Conceptos fundamentales y principios procesales- Introduccion sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

COUTINHO, J.N.M. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Jurua, 1998.

DIAS, R.B.C. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, F.C.T. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009.

LEAL, R.P. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2008.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, E.P. **Curso de processo penal**. 13. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, E.P.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 2011.p. 589.

PRADO, G.L.M. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

STRECK, L.L. **Heremênutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, De P. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAFFARONI, E.R. **Reincidência**. In: Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.