Crise da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva

Certamente o fundamento mais invocado pelos juízes brasileiros para afirmar a existência de “periculum libertatis” e decretar prisão preventiva é a ‘garantia da ordem pública’, que sozinha ou conjugada com outro fundamento, encanta os julgadores. Mas afinal, o que é a tal garantia da ordem pública?

É recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. No fundo, a garantia da ordem pública está em eterna crise de identidade.

Mas a quem interessa isso? Por que na reforma levada a cabo em 2011 (Lei 12.403), ao cair das cortinas, ressuscitaram o artigo 312 com a redação original de 1941, quando no projeto a proposta era completamente diferente, com o abandono da ‘ordem pública’ do rol de fundamentos? Porque isso é conveniente para a manutenção e ampliação dos poderes discricionários do julgador, no viés punitivista, é claro, através de uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado.

Mas é preciso que se tenha consciência de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos. Trata-se[1] de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

O Direito (especialmente o Penal) agindo em “nome do pai” e por mandato, explica Morais da Rosa,[2] opera na subjetividade humana, ditando a “lei” como capaz de manter o laço social e ainda faz a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

utilitária promessa de “felicidade”. A “palavra”, nesse contexto, ganha um contorno transcendente, o qual é preenchido na cadeia de significância (e durante a história) por diversos significantes, dentre eles o divino, a razão, a força, o Direito (dos homens), todos vendidos como neutros e capazes de designar uma ordem reguladora de condutas baseadas em interditos, legitimando o uso da força para adequação do laço social. O problema é que, ainda com o autor, ao se remeter para um lugar idealizado de referência, indicado na origem por uma palavra, “configuram as máscaras inscritas no imaginário social que permitem o poder de seguir”.

O artigo 312 contém uma “anemia semântica”, define Morais da Rosa,[3] pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja “falsificação” é inverificável. O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos “falsificados” pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece. Para além disso, o preenchimento semântico (dos requisitos) é completamente retórico.

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explorase, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).

Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos…

Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; tratase de argumento forjado.

Como aponta Sanguiné[4], “quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídicoconstitucional como da perspectiva políticocriminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza”.

Assume contornos de verdadeira *pena antecipada*, violando o devido processo legal e a presunção de inocência. Sanguiné explica que a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de “prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuirlhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir”.

As funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar.

No mesmo sentido, Delmanto Junior[5] afirma que é indisfarçável que nesses casos "a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental — de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado — ínsito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária".

Em outros casos, a prisão para garantia da ordem pública atende a uma dupla natureza: pena antecipada e medida de segurança, já que pretende isolar um sujeito supostamente perigoso. É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. Também a ordem pública, ao ser confundida com o tal "clamor público", corre o risco da manipulação pelos meios de comunicação de massas, fazendo com que a dita opinião pública não passe de mera opinião publicada, com evidentes prejuízos para todos.

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malan partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformála em medida de segurança pública.

Pior é quando vem travestida de "restabelecimento da credibilidade das instituições". É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, tratase de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimarse, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado.

No mais das vezes, esse discurso é sintoma de que estamos diante de um juiz "comprometido com a verdade", ou seja, alguém que, julgando?se do bem (e não se discutem as boas intenções), emprega uma cruzada contra os hereges, abandonando o que há de mais digno na magistratura, que é o papel de garantidor dos direitos fundamentais do imputado. Como muito bem destacou o ministro Eros Grau,[6] "o combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (*não do Judiciário*), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I)" (grifo nosso).

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de *risco de reiteração de delitos*, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

permanece intacta em relação a fatos futuros.

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de "perigo de reiteração" bem reflete *o anseio mítico por um direito penal do futuro*, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de Zaffaroni), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Tratase de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal…

Quando se tutelam situações de perigo cujo objeto não é a prova ou a efetividade do processo (risco de fuga), como sucede na tutela da ordem pública e econômica, a prisão cautelar se converte em medida de segurança. Como define Cordero,[7] "é uma metamorfose pouco feliz, pois a proteção dos interesses coletivos exige remédios ad hoc; os híbridos custam mais do que produzem".

Em suma, a prisão para garantia da ordem pública possui um *defeito genético:* não é cautelar. Portanto, substancialmente inconstitucional, embora vedete do processo penal brasileiro.

[1] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 12ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2015.
[2] Idem, ibidem, p. 139.
[3] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal: a bricolage de significantes, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 26.
[4] SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, p. 114.
[5] DELMANTO JUNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração, p. 183.
[6] Trecho extraído do voto proferido pelo Min. EROS GRAU no HC 95.009?4/SP, p. 35.
[7] CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, v. 1, p. 405.

Date Created
06/02/2015

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.