

# A GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA E A LÓGICA DA EFICIÊNCIA PUNITIVA: NOTAS CRÍTICAS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

(Ana Cláudia Bastos de Pinho)<sup>1</sup>

Por que se prende primeiro e julga-se depois? Que fundamento democrático pode ser invocado para justificar o encarceramento antecipado (antes da condenação), em países que, além de signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica, abraçaram a presunção de inocência como princípio constitucional? Se esse fundamento existir, ainda assim, será legítimo o excesso da prisão provisória (quer em quantidade, quer em tempo)?

Esses questionamentos e tantos outros que deles podem derivar serão o foco dessa breve análise crítica sobre os rumos que vem tomando a prisão preventiva no Brasil, há algum tempo.

Mas, em especial, o objetivo aqui será avaliar o que considero o principal motivo do uso irracional dessa medida cautelar extrema: a previsão legal de decretação de prisão preventiva no Brasil, como “garantia de ordem pública”<sup>2</sup>. Entendo que essa possibilidade legislativa é uma porta aberta para decisionismos e arbítrios judiciais, como demonstrarei a seguir.

O uso indiscriminado da prisão cautelar não é um fato isolado no sistema processual penal brasileiro. Trata-se de uma consequência direta da mentalidade inquisitória, que ainda habita as togas.

Na verdade, muito embora a Constituição da Republica Federativa do Brasil (CRFB), de cariz democrático, tenha formatado as bases de um sistema acusatório, a partir da consagração do principio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), ainda se pratica um modelo inquisitório de processo,

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora de Direito Penal da UFPA (graduação e pós graduação) e Promotora de Justiça Criminal.

<sup>2</sup> Art. 312 do CPP. “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”. (grifos nossos).

influenciado pela própria legislação infraconstitucional (Código de Processo Penal) que, em vários de seus dispositivos, ignora o princípio dispositivo (que funda o sistema acusatório), como, por exemplo, aqueles que permitem ao juiz produzir prova (CPP, art. 156), bem como determinar prisões cautelares de ofício (CPP, art. 311), para ficar somente nesses.

Cumprir notar que o Código Penal (1940), o Código de Processo Penal (1941) e a Lei de Contravenções Penais (Lei no. 3.688/41), ainda em vigor no Brasil (à parte as reformas pontuais que sofreram), datam da década de 40 do século passado. Isto é, foram fabricados no período da ditadura de Getúlio Vargas (Estado Novo).

Por evidente, esses diplomas repressivos trazem forte carga autoritária, fruto do período histórico no qual foram gerados. Demonstram, em sua essência, clara filiação a uma doutrina de defesa social, a partir da adoção de uma lógica inquisitiva em relação ao processo, e de intervenção máxima em relação ao direito material.

Ademais, percebe-se evidente proteção ao patrimônio em detrimento da pessoa, bem como a tutela de determinados interesses que desafiam qualquer teoria do bem jurídico de viés democrático.

Somente para se ter uma ideia, o crime punido de forma mais grave pelo Código Penal brasileiro é a extorsão mediante sequestro seguida de morte (CP, art. 159, §3º), com pena de 24 a 30 anos de reclusão. Ou seja, a pena mínima desse crime é superior à pena máxima do homicídio simples. De onde se conclui, sem muito esforço, que a vida, para o legislador brasileiro, quando atrelada ao patrimônio, tem valor superior.

Crimes que atingem bens jurídicos significativos, tais como o constrangimento ilegal, a lesão corporal simples, o homicídio culposo (para ficar apenas nesses) recebem tratamento brando, sendo considerados, os dois primeiros, de pequeno potencial ofensivo e, o último, de médio potencial ofensivo. Aditem, todos, medidas alternativas à prisão, o que é bem mais raro ocorrer quando estão em jogo os delitos patrimoniais.

A lei de contravenções penais (Decreto-Lei no. 3688, de 03/10/1941), por seu turno, é de constitucionalidade duvidosa. Basta uma simples leitura para desvelar seu caráter

autoritário, ao tipificar condutas que não atingem qualquer bem jurídico, mas tão somente representam desobediências a padrões de moralidade fixados majoritariamente (como exemplo, as contravenções de jogo de azar, jogo do bicho, vadiagem, embriaguez).

Especificamente, no que concerne ao Código de Processo Penal, a opção pelo sistema inquisitório é evidente. E aqui se destaca a disciplina relativa à prisão preventiva. A cultura da prisão é consequência direta desse panorama acima traçado.

A lógica da aceleração (própria das sociedades do terceiro milênio) demanda respostas imediatas para problemas complexos, como o da violência e o da criminalidade, principalmente nas regiões marginais (Zaffaroni), como é o caso do Brasil.

A prisão preventiva aparece, assim, como uma fácil (e rápida) solução, na medida em que possibilita o encarceramento do imputado antes da condenação (muitas vezes, em momento imediatamente posterior ao delito, sem que, sequer, exista uma acusação formalizada), mantendo-o - não raro - privado de sua liberdade por tempo significativo (na lei processual penal brasileira não existe limite temporal para a prisão preventiva).

Apenas para ilustrar, em final de 2012, no Estado do Pará (Amazônia - Brasil), havia 10.989 presos custodiados no sistema prisional, dos quais 5.092 provisórios (4.638 homens e 454 mulheres) e 5.897 definitivos. Isto é, uma diferença de apenas 805 presos, num universo de quase 11 mil. Em resumo, quase 50% das pessoas custodiadas no estado do Pará ainda não foi, sequer, julgada.

Não resta dúvida de que esses números falam por si próprios e denunciam a grave crise no sistema prisional causada pelo abuso da prisão preventiva.

A prisão preventiva insere-se no contexto das medidas cautelares pessoais e, por sua incontestável natureza aflitiva, é revestida de extrema excepcionalidade (aliás, não é outro o comando da legislação que alterou o CPP - Lei nº 12.403/11 - que, em seu art. 282, §6º, explicita a excepcionalidade da prisão preventiva). É dizer, num Estado Democrático de Direito, forjado constitucionalmente através da valorização dos direitos fundamentais, a liberdade é a regra,

somente admitindo ser tangenciada quando respeitadas as normas constitucionais que lhe são pertinentes.

Nesse sentido, é de vital importância lembrar a dimensão do **princípio constitucional da presunção do estado de inocência** (CF, art. 5º, LVII). É, no mínimo, difícil, compatibilizar as prisões cautelares com o princípio em questão, pois a prisão cautelar pressupõe privação da liberdade que – em tese – deveria ser a consequência de uma condenação. Isto porque, na prisão provisória, ao menos nos moldes como é delineada e executada no Brasil, existe verdadeira antecipação de pena (não é por acaso, a propósito, que a lei prevê o instituto da detração – CP, art. 42).

Na verdade, autores há que chegam até mesmo a questionar – com fortes argumentos – a legitimidade das prisões cautelares, por acharem que são incompatíveis com a presunção de inocência, na medida em que somente uma condenação poderia impor a privação da liberdade<sup>3</sup>.

Não se trata de pugnar pela inconstitucionalidade, em tese, da prisão preventiva, mas demonstrar a necessidade de uma (re)leitura apropriada e garantista do instituto, avaliando as normas do Código de Processo Penal à luz da Constituição e dos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, e não o inverso.

Afinal, como já referi acima, o CPP de 1941 é fruto do autoritarismo varguista (Estado Novo) e, por isso, muitas de suas normas (pra não dizer a totalidade de sua concepção e idealização) estão em franco desacordo com os valores constitucionais democráticos e calcados na garantias individuais e nos direitos fundamentais.

Infelizmente, a recente alteração sofrida com o advento da lei nº 12.403/11 não foi suficiente para retirar o caráter inquisitivo das cautelares, permanecendo a possibilidade de decretação da preventiva para garantia da ordem pública. Continua a necessidade da filtragem constitucional, pois.

---

<sup>3</sup> **LUIGI FERRAJOLI**, jurista italiano (professor da Universidade de Camerino) que sistematizou a teoria do garantismo penal, em sua singular obra "*Derecho y Razón - teoría del garantismo penal*" (Madrid: Editorial Trotta, 2000. Pág. 555 e seg) defende a ilegitimidade da prisão preventiva por afronta ao princípio da jurisdicionalidade, entendendo que "*todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio*".

A famosa “**garantia da ordem pública**” – tão utilizada e decantada pelos foros do país – é, nada obstante, de questionável constitucionalidade, para dizer o menos. Isso porque, referido “fundamento” não se coaduna com a cautelaridade da medida extrema, significando, na verdade, uma antecipação injustificada da prisão definitiva.

Sendo a prisão preventiva uma medida cautelar, é absolutamente instrumental; ou seja, presta-se, tão somente, para servir de meio a garantir a efetividade do processo de conhecimento. Não se pode perseguir, através da prisão preventiva, qualquer finalidade repressiva, ou retributiva, que são inerentes (se é que o são...) à prisão definitiva, fruto de uma sentença condenatória.

Portanto, quando o juiz determina a prisão preventiva de um acusado, deve fazê-lo, exclusivamente, tendo em vista qualquer necessidade de assegurar o processo (e aqui bem se aplica o fundamento da conveniência da instrução criminal), quando, por exemplo, porque o réu está ameaçando alguma testemunha, ou impossibilitando a colheita de provas, ou embaraçando a instrução criminal, enfim, praticando alguma conduta prejudicial ao regular desenvolvimento do processo.

Entretanto, quando o juiz opta pela “garantia da ordem pública” jamais invoca, em seu *decisum*, qualquer fundamento de natureza cautelar. Ao contrário, são comuns as referências à “gravidade do crime”, ao “clamor público”, ao grau de “periculosidade” do acusado, aos “antecedentes criminais” registrados pelo réu, a uma suposta “reiteração da conduta” (quase que num exercício de vidência). Nada disso, porém, justifica a prisão preventiva, pois, em nenhum desses “fundamentos” se vê demonstrada a **NECESSIDADE CAUTELAR** inerente à medida.

O clamor público por “justiça” (entenda-se, vingança, em muitos casos) acaba por exigir do Poder Judiciário uma manifestação de pronto. E a prisão preventiva bem se presta para, de certa forma, calar a pressão popular, ou dar uma resposta imediata à vítima, simbolizando um pseudo sentimento de punição (ainda que antecipada). Reflexos do modelo neoliberal de intervenção punitiva. O que pode ser mais “eficiente” do que uma prisão antes da condenação?

O princípio da presunção do estado de inocência não é nenhuma criação fantasiosa da doutrina, mas norma

constitucional expressa. Com isso, há que se remodelar a compreensão da prisão preventiva. A garantia da ordem pública, por certo, afronta a Constituição, pois – além de utilizar-se de uma fórmula indeterminada e genérica, que apenas serve ao autoritarismo e arbítrio (o que é garantia da ordem pública, afinal?) – confunde prisão cautelar com definitiva, já que possibilita a decretação da medida extrema com base em argumentos que fogem à teoria da cautelaridade.

Insista-se, por fim, que, dentre as possibilidades de decretação de prisão preventiva, a mais utilizada pelos Magistrados é a “garantia de ordem pública”, que, exatamente por não possuir limite semântico algum, permite a manipulação retórica de sentido e, via de consequência, favorece decisões não fundamentadas. Afinal, tudo pode ser “garantia de ordem pública” e nada pode sê-lo, a depender de quem o diga.

Sem dúvida, é exatamente essa expressão (“garantia de ordem pública”), pela vagueza semântica que carrega, o maior obstáculo a um uso restritivo e excepcional da prisão preventiva. Eis aqui o ponto nevrálgico do sistema e, seguramente, a razão para o abuso dessa medida acautelatória.

Sob o escudo da “garantia de ordem pública”, prisões são decretadas, pelos mais diversos “fundamentos” (nenhum deles, porém, com a carga da cautelaridade que a medida extrema exige), tais como a perigosidade do réu, a gravidade do delito, a presença de antecedentes criminais na vida do imputado, o clamor social que o crime, porventura, haja provocado, etc.

Viu-se, no entanto, que nenhuma dessas razões autorizam a prisão provisória, que possui nítida natureza cautelar, e não punitiva. Isto é, a prisão preventiva deveria se prestar - como medida cautelar que, verdadeiramente, é - a, tão somente, garantir a eficácia do processo penal.

Contudo, os motivos verdadeiramente acautelatórios correspondem à minoria dos casos. Em sua grande maioria, insisto, a prisão preventiva, no Brasil, é decretada por razões bem diversas à teoria da cautelaridade, e segue, como dito acima, a lógica da aceleração e a necessidade de se dar uma resposta imediata à violência.

Em outras palavras: se fosse retirada da legislação brasileira a possibilidade de se decretar uma prisão preventiva “para garantir a ordem pública”, muitos Magistrados ficariam de

mãos atadas e, fatalmente, teríamos uma considerável redução nesse numero alarmante de prisões processuais.

Muito embora a legislação brasileira, em 2011, tenha adotado um sistema polimorfo de medidas cautelares, estabelecendo claramente a excepcionalidade da prisão preventiva e possibilitando formas alternativas (tais como, fiança, restrições de direitos, monitoramento eletrônico), a privação da liberdade segue sendo a principal base da intervenção cautelar na pessoa do acusado.

Fica bastante clara, aqui, a manutenção de uma cultura inquisitiva, em que a apreensão do corpo do acusado aparece como a única forma de obtenção de prova (esquecendo-se que, numa democracia, a ninguém se exige produzir prova contra si próprio), por meio de confissões e delações, bem como a insistência em uma política criminal de defesa social, atravessada pelo discurso da eficiência punitiva, ainda que pagando o preço da violação dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade.

Sem dúvida, esse tipo de postura viola os valores insertos na Constituição brasileira, bem como nas Cartas Internacionais das quais o Brasil é signatário, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica.

O gravíssimo risco que se tem corrido com essa prática é, portanto, o desrespeito ao princípio da presunção de inocência (invoco, novamente, as lições de Luigi Ferrajoli, já apresentadas nesse texto, em nota de rodapé) e, como consequência, o comprometimento do Estado Constitucional de Direito e da própria democracia.