

DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO MEDIDA DE DEFESA SOCIAL

Diego Gustavo de Azevedo¹
Marcos Túlio Fernandes Melo²

RESUMO

O artigo a seguir traz os aspectos iniciais para a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, porém, numa perspectiva diferente do entendimento majoritário, pois este artigo caminha no sentido de considerar não somente os direitos fundamentais dos indivíduos que praticam delitos, mas, sobretudo, leva em consideração o interesse da coletividade e nesse aspecto faz uma reflexão sobre a eficácia do modo como são interpretados o fundamento da ordem pública por doutrinadores “garantistas” em detrimento a forma como interpretam essa questão os doutrinadores “constitucionalistas” no momento da decretação da prisão preventiva.

Palavras-chave: Ordem pública, interesse social, fundamentos.

1. INTRODUÇÃO

A legislação brasileira, a partir da Constituição de 1988, passou a ter claramente uma preocupação maior em relação aos direitos fundamentais, sobretudo, em razão da experiência vivida nos anos sob a tutela do regime militar.

Os direitos fundamentais tratam em suma, dos atos praticados exclusivamente pelo Estado que atentam contra a dignidade humana, tendo como finalidade proteger o indivíduo contra esses atos, partindo do conceito de que o Estado é o único responsável pela afronta aos direitos fundamentais³.

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno da disciplina TCC II, turma: DR132 BN. Email: <diegogustavo.mt@hotmail.com>.

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Mestre, Orientador. Email: <marcostulioadvocacia@hotmail.com>.

³ Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>. Acesso em: 15 de Março de 2018.

Através dos meios de comunicação é possível perceber que o Estado não é o único a não respeitar os direitos fundamentais, haja vista, ser possível observar todos os dias as mídias noticiarem situações de violência praticadas por indivíduos comuns.

Por este prisma torna-se clara a necessidade de uma atuação mais ativa do Estado no sentido de garantir a sociedade um estado de paz e tranquilidade social, devendo não só respeitar esses direitos, mas também protegê-los contra ataques de terceiros.

A garantia da ordem pública, segundo autores como (AURY LOPES JR, 2016) não podem justificar o encarceramento nas mais diversas situações, havendo assim, perspectivas equivocadas ao justificarem a prisão considerando à gravidade do crime, à repercussão social do delito, ao perigo de reiteração criminosa, à credibilidade do judiciário e até mesmo a necessidade de salvaguardar a integridade física do réu.

O presente artigo demonstra através de pesquisas bibliográficas de artigos na internet, bem como, pesquisas bibliográficas junto a autores que discorram sobre o tema em questão, como existem diversas interpretações distintas as respeito do conceito de ordem pública e nesse contexto, como essas divergências produzem decisões que a depender da interpretação do julgador, expõe a sociedade a convivência com indivíduos que deveriam estar fora do convívio social.

Este trabalho visa destacar a importância da interpretação do fundamento da ordem pública como medida de defesa social, sendo esta, uma das formas como o Estado pode manter a tranquilidade social, numa clara ponderação de interesses entre os direitos do indivíduo e os direitos de uma coletividade.

2. ASPECTOS INICIAIS DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva assim como a prisão em flagrante e a prisão temporária são modalidades de prisão provisória possuindo natureza cautelar em função de ter por “objetivo a tutela da sociedade, da investigação criminal/processo penal e da aplicação da pena” conforme aduz (AVENA, 2017, p. 663).

Fernando Capez (2016, p.367), no mesmo sentido, dispõe que a prisão preventiva “possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro

provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil".

É necessário observar a existência dos pressupostos para a decretação da prisão (ou manutenção do flagrante), não perdendo de vista a Lei 12.403/11, que trata das medidas cautelares diversas da prisão. Um desses pressupostos é a existência de indícios de autoria delitiva e existência de materialidade.

Nessa toada, Mirabete (2006, p.416) assevera em sua doutrina que nos termos legais, a prisão preventiva "só pode ser decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria" o chamado *fumus comisso delicti*. Por provas de existência do crime entende-se, por exemplo, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato.

Na mesma esteira, Nucci (2017, p. 574) afirma que:

A prova de existência de um crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de um evento típico.

No tocante aos indícios suficientes de autoria, contenta-se a lei, com elementos probatórios ainda que não concludentes e unívocos, não sendo necessário, portanto, a certeza de autoria. A suficiência dos indícios é deixada a verificação do juiz, que deve se haver com prudente arbítrio.

O Código de Processo Penal traz no artigo 239, o conceito de indício, qual seja: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

Novamente recorreremos aos conceitos trazidos por Nucci (2017, p.575) quando dispõe que entende-se por indício "uma prova indireta, conforme esta disposto no artigo 239 do Código de Processo Penal, permitindo que através do conhecimento de um fato, o juiz atinja, por indução, o conhecimento de outro de amplitude maior".

O juiz deve medir e pesar os elementos colhidos para verificar se são suficientes para a decretação da prisão provisória. É necessário que se apure se há fumaça do cometimento de crime que aponte para o cidadão como autor da infração penal.

Assim nos ensinamentos de Avena (2017) a prisão preventiva pressupõe *existência de periculum in mora (ou periculum libertatis)* significando o perigo que a liberdade do acusado ou réu venha causar prejuízo à segurança da sociedade, à eficácia das investigações policiais ou apuração criminal e a execução de eventual sentença condenatória e *fumus boni iuris (ou fumus comissi delicti)* significando que o fato deve estar baseado na possibilidade de que tenha o agente praticado uma infração penal, em face dos indícios de autoria e da prova da existência do crime verificados no caso concreto.

Quanto à excepcionalidade da segregação do status libertatis, em sede de prisão preventiva, Norberto Avena (2017, p. 663) ainda destaca:

Embora sua decretação deva ser excepcional, justificando-se apenas em hipóteses nas quais a permanência do indivíduo em liberdade possa, efetivamente, dificultar a realização da prestação jurisdicional, a prisão preventiva não importa em violação à garantia constitucional da presunção de inocência. Afinal, não se trata de pena, mas de uma segregação com objetivos nitidamente processuais, e, além disso, a própria Constituição Federal, implicitamente, admite a prisão do indivíduo antes da sentença condenatória definitiva, mesmo não sendo caso de flagrante delito.

O entendimento em questão fundamenta-se no que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXI, que dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, não condicionando esta restrição da liberdade ao prévio trânsito em julgado de sentença condenatória.

Além disso, no seu art. 5º, LXVI, dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, dispositivo este que, interpretado *a contrario sensu*, sugere a possibilidade de o legislador ordinário, em determinados casos ou diante de certas circunstâncias, não admitir a liberdade provisória ao indivíduo, viabilizando, com isso, a permanência de sua prisão antes da condenação definitiva.

Além da observância aos fundamentos que a justificam (art. 312 CPP) e às hipóteses de sua admissão (art. 313 CPP), a decretação da custódia no caso concreto exige a constatação, pelo juiz, da impossibilidade de sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, dentre as contempladas no art. 319 do CPP (art.282, § 6.º, introduzido pela Lei 12.403/2011) sob pena de implicar constrangimento ilegal.

Assim também entende Norberto Avena (2017, p. 664) quando aduz que :

Do contrário, independentemente da gravidade ou repugnância causada pelo delito, a prisão preventiva deverá ser reputada ilegal, pois utilizada pelo poder público como instrumento de punição antecipada não como forma de prisão processual, consubstanciando clara violação ao princípio da presunção de inocência.

Importante ainda se ter em mente que o princípio do “*in dubio pro reo*” deve ser aplicado no momento da condenação ou absolvição do réu, portanto, não deve ser levado em conta no momento da análise de decretação ou não da prisão preventiva, mas sim o princípio do “*in dubio pro societate*”.

2.1. DA FUNDAMENTAÇÃO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 93, IX da CF, bem como o artigo 315 CPP, estabelece como exigência para a decretação da prisão preventiva que o juiz justifique quais as razões para privar alguém de sua liberdade. Essa fundamentação pode ser concisa, sem implicar nulidade ou constrangimento ilegal.

Segundo Norberto Avena (2017, p.669) os fundamentos são na verdade :

Motivos que ensejam a decretação da custódia e sobre os quais deve-se assentar a decisão judicial deferitória. Satisfaz-se, neste caso, o segundo requisito genérico das medidas cautelares, qual seja, o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) – risco de que a demora das investigações ou da tramitação processual venha a prejudicar o ajuizamento da ação penal ou a prestação jurisdicional.

Conforme dispõe o Código de Processo Penal em seu artigo 312, são quatro os fundamentos autorizadores da prisão preventiva, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Importante destacar ainda que a simples repetição dos termos contidos no artigo 312 Código de Processo Penal, não justifica por si só a sua decretação, é necessário que o juiz descreva pormenorizadamente a situação fática que se amolda aos fundamentos autorizadores da prisão preventiva. Neste sentido Nucci (2017, p. 578) assevera que:

A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva tendo em vista que há provas da materialidade, indícios suficientes de ser o réu o autor e para garantir a ordem pública, sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão.

A prisão preventiva pode ser decretada se constatada apenas um dos fundamentos citados, não sendo obrigatória a coexistência de todos ao mesmo tempo, entretanto, se houver dois ou mais deles maior será a legitimidade do decreto prisional, e por consequência, menor a possibilidade de sua revogação. (AVENA, 2017).

2.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Nos termos do art. 313 do CPP, (alterada pela Lei 12.403/2011) presentes os pressupostos e os fundamentos que a autorizam, poderão ser decretados nas seguintes hipóteses:

Nos termos do artigo 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64 do Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo Único - Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O inciso I dispõe que o critério não é mais pena de reclusão ou detenção, mas quantidade de pena cominada;

Nos casos do inciso II, mesmo que a pena máxima cominada seja igual ou inferior a quatro anos, caberá a prisão preventiva. Basta à condenação por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, e desde que não tenha ocorrido a prescrição da reincidência (mais de cinco anos entre a extinção da pena anterior e a prática do novo crime);

Em relação ao inciso III a Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha, já previa a prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. O CPP, em sua nova redação, ampliou o cabimento para as hipóteses de vítima criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência;

O parágrafo único diz respeito ao fato da nova redação não tratar mais em réu ou indiciado vadio, considerando que feita a identificação, o sujeito deverá ser colocado imediatamente em liberdade.

2.3. MOMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer momento da investigação ou do processo penal pelo Juiz, no entanto, durante a investigação policial, não pode a autoridade judiciária decretar ex-officio, ressalvado os casos de conversão do flagrante em prisão preventiva. Nesta mesma linha Fernando Capez (2016, p. 371), ensina em sua doutrina que:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal o juiz poderá decretá-la. No curso da ação penal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou de seu assistente, do querelante ou por representação da autoridade policial. Durante a investigação, não cabe decretação *exofficio*, ressalvados os casos de conversão do flagrante em preventiva (CPP, art. 311 c.c. o art. 310, II). Cabe tanto em ação penal pública quanto em ação privada.

Lembremos ainda que a prisão preventiva pode ser decretada inclusive após sentença condenatória recorrível e mesmo na fase recursal, havendo necessidade, poderá ser decretada a prisão preventiva com fundamento na garantia da aplicação da lei penal.

3. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DE ORDEM PÚBLICA

Analisando o Código de Processo Penal em seu artigo 312, artigo esse onde constam os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, pode-se observar que não existe nele nenhum conceito objetivo de ordem pública, motivo pelo qual, a legislação vigente da margem a interpretações diversas a respeito deste tema, fato que leva a uma discrepância no modo como se interpretam o citado fundamento

tendo como consequência, o surgimento de muitas divergências jurisprudenciais e doutrinárias sobre essa questão.

Dentre as várias maneiras como se interpretam tal questão, podemos destacar que Fernando da Costa Tourinho Filho *apud* Nestor Távora (2016, p.1254), interpreta o conceito de Ordem Pública da seguinte maneira:

Perigosidade do réu, 'os espalhafatos da mídia', 'reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão', tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica 'ordem pública'. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.

Tourinho Filho *apud* Nestor Távora (2016, p.1255) demonstra com seus dizeres ter uma visão eminentemente "garantista" e crítica a respeito do conceito de ordem pública, entendendo ainda, que o citado conceito seja inclusive uma afronta a nossa constituição, senão vejamos:

Quando se decreta a prisão preventiva como 'garantia da ordem pública', o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão 'ordem pública' diz tudo e não diz nada.

Nesta mesma direção, Aury Lopes Jr. (2016, p.341) crítico ferrenho ao citado fundamento, entende que "este por ser um conceito vago e indeterminado presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade apavorante. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer".

Aury Lopes Jr.(2016, p.342), assevera em sua doutrina que:

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.

Existem ainda aqueles doutrinadores que possuem argumentos diferentes a respeito da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello pontua que a prisão preventiva não tem caráter punitivo, pois é um instrumento em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal como vemos a seguir:

A prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, pois não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas sim atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, não pode ser decretada com base no estado de comoção social e de eventual indignação popular, isoladamente considerados. Também não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação de segregação cautelar, a alegação de que o acusado, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. (STF, HC nº 80.719/SP, 2ª Turma, Rel. Min, Celso de Melo.)⁴

Nesta mesma perspectiva, doutrinadores com viés “garantistas”, possuem objeções ao fato da gravidade do delito que da origem a uma repercussão social veemente, por si, autorizar a decretação da prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública, interpretando que essa linha de raciocínio não faria sentido, pois, admitindo que toda vez que houver uma revolta em razão de determinado crime, ensejar a decretação da prisão preventiva do suspeito, não só estaremos tirando o Estado-Juiz da posição de imparcialidade e isenção, mas também, incentivando a utilização do próprio Estado para cancelar a vingança privada.

Nesta mesma linha de pensamento, também, há também orientação do Supremo Tribunal Federal, decidindo que a mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o acusado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal.

Diferentemente dos doutrinadores acima referidos, observamos essas questões na mesma perspectiva que doutrinadores como Nestor Távora (2016, p. 1254) que interpreta o uso do fundamento da ordem pública da seguinte maneira:

⁴ Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>. Acesso em: 15 de Março de 2018.

Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento.

Neste sentido pode se interpretar que Nestor Távora segue uma corrente mais constitucional onde a expressão “ordem pública” não se contrapõe ao princípio constitucional da presunção de inocência já que uma vez fundamentada a decisão que decreta a prisão preventiva, esta deve estar devidamente consubstanciada quando o autor representar risco de cometimento de novos crimes caso permaneça em liberdade.

Por ocasião de um infrator possuir maus antecedentes criminais, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de apontar que esses antecedentes por si só não são um fator de insegurança, não sendo, portanto, motivos suficientes para ensejar a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, entretanto, Eugênio Parcele e Douglas Fischer (2017, p. 711) tem entendimento no sentido de compreender:

Perfeitamente aceitável a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, desde que fundamentada na gravidade do delito, na natureza e nos meios de execução do crime, bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação. Negar o risco de reiteração criminosa, ou, e mais, negar a possibilidade de certos prognósticos quanto a essas conclusões, é o mesmo que retroceder, sempre e permanentemente, a uma ideia originária e fundamentadora da dignidade humana, sem os condicionamentos da civilização moderna.

Pode-se depreender que Eugênio Parcele e Douglas Fischer concordam que a prisão preventiva com fundamento na ordem pública também tem por objetivo proteger a sociedade, impedindo o acusado ou réu de voltar a delinquir.

A despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, sobre a questão dos antecedentes não serem considerados fator de insegurança, comungo com um entendimento menos permissivo e condescendente com a criminalidade em relação a essa questão. Entendo na mesma medida que Eugênio Parcele e Douglas Fischer (2017, p. 709) quando afirmam que:

No cenário em que vivemos de antecipação de culpa, de antecipação de fulga e de outros prognósticos com o mesmo fim, a cláusula da ordem pública foi instituída com a clara abertura semântica, para o fim de conceder ampla discricionariedade aos órgãos da persecução penal. A ordem pública, nesse sentido seria determinada pelo Poder Público.

Como o Código de Processo Penal vigente existe há mais de 70 anos, com redação original instituída pela lei 3689/41, e tratava da prisão preventiva em seu artigo 313, mostra-se evidente que a interpretação normativa dos dias atuais não devem ser as mesmas, em razão da realidade ser diferente de outrora, assim, o referencial de controle normativo da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública deve ser a Constitucional, que em absoluto não impede sua decretação sob esse fundamento.

Como visto anteriormente, existem doutrinadores como Tourinho Filho, Nestor Távora e Aury Lopes Jr que diante da indefinição explícita do sentido do fundamento de ordem pública, rejeite inteiramente sua adoção. Para os que possuem essa interpretação o princípio da não culpabilidade não deixa espaço para a adoção de uma regra com tamanha indefinição.

Todavia, esta pesquisa segue o mesmo entendimento que os doutrinadores como Nestor Távora, Guilherme Nucci e Eugenio Pacelli que asseveram que a invalidação da prisão preventiva com base na ordem pública é no mínimo inoportuno, considerando que a interpretação conforme a constituição se revela poderoso e indispensável instrumento de revalidação de regulações normativas de grande importância no cotidiano nacional, em cujo desaparecimento (pela invalidade, por inconstitucionalidade) causaria males aos moldes do que vemos diariamente em relação ao aumento da violência⁵.

Existem inúmeros exemplos no dia a dia atestando a utilidade da prisão cautelar, fora dos limites da conveniência da instrução criminal e daquela para assegurar a aplicação da Lei penal, que integram o artigo 312 do Código de Processo Penal, junto à garantia da ordem pública, tais como fator de inibição de práticas criminosas, tendo inclusive um sentido de exemplaridade para aqueles que pretendem praticar delitos na certeza da impunidade.

⁵ Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>. Acesso em: 15 de Março de 2018.

Infelizmente há investigados com endereço certo, com profissão bem definida e bem remunerada, sem qualquer pretensão de se ausentarem do país, cuja manutenção da liberdade enquanto não esclarecida a respectiva responsabilidade penal (com trânsito em julgado) oferecem inúmeros riscos de danos a terceiros, como ocorreu no caso do ex médico Roger Abdelmassih, acusado de cometer crimes de estupro e manipulação genética irregular contra 37 pacientes entre os anos de 1990 e 2008.

Utilizando o direito comparado, em cujo princípio da não culpabilidade também se faz presente, vemos vários exemplos de situações que contemplam o risco de reiteração criminosa a serem aferidas pela gravidade do crime em apuração e pela sua natureza, conforme descrito no CPP Alemão (parágrafo 112a), referido à suspeita de novos crimes; no CPP Português (art. 204), risco de reiteração criminosa, aludindo também à ordem pública; na Ley de Enjuiciamiento Criminal Espanhola (art. 503, § 3º, 2), risco de práticas delituosas; e no CPP Italiano (art. 274), que menciona o risco de reiteração criminosa em crimes graves.

Com estes exemplos objetiva-se demonstrar que a prisão preventiva determinada com o fim de impedir o risco de reiteração criminosa se encontra na pauta de um sem-número de legislações mundo a fora, não se limitando à experiência nacional.

Por isso a interpretação conforme a Constituição pode e deve ser feita em relação a prisão para a garantia da ordem pública.

A interpretação que se busca trazer a reflexão e que diverge da posição majoritária de pensamento a esse respeito, encontra respaldo nos dizeres de Norberto Avena (2017, p.669), não para sustentar que possa o magistrado, simplesmente com base no anseio da população por justiça ou a partir de notícias sensacionalistas incorporadas a jornais e revistas, determinar a custódia provisória do investigado, mas sim no sentido de que deve ser admitida a prisão preventiva em hipóteses de real e inequívoco abalo social provocado pela prática de crimes de extrema gravidade, visando-se, não apenas ao restabelecimento do sossego social, como também à própria credibilidade das instituições, sobretudo do Judiciário.

O próprio Supremo Tribunal Federal, citado na doutrina de Norberto Avena (2017, p.670) embora faça predominar largamente o entendimento em sentido oposto, já deliberou que:

Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o “modus operandi” do suposto crime e a garantia da ordem pública.

Neste mesmo prisma, Guilherme de Souza Nucci (2017, p.575) aduzindo, quanto à garantia da ordem pública, entende que:

Esta pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente. Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo, de intranquilidade.

Ainda nessa linha de pensamento, a periculosidade do agente demonstrada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime deve, a meu ver, e de acordo com a interpretação de doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci, ser considerado no momento da decretação de uma preventiva.

Pode até ser que a análise dos conceitos de ordem pública sobre esse prisma, viole uma tradição “garantista” do atual sistema jurídico brasileiro, no entanto, entendo que é necessário um avanço sobre a interpretação dessa questão para uma análise de um direito mais moderno que vá ao encontro das necessidades atuais de justiça.

Não sem razão, o direito tradicional brasileiro é tão criticado por proporcionar um sem numero de brechas e interpretações para que o indivíduo que comete um crime grave permaneça por muitos anos convivendo livremente em sociedade, isso quando não se prescreve a pretensão punitiva do crime, fato que a meu ver é inaceitável para qualquer sistema jurídico no mundo. Nesta perspectiva Andrey Borges de Mendonça conclui que:

A prisão preventiva para fins de garantia da ordem 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 iminente em seus bens jurídicos relevantes. Ao assim fazê-lo, o processo penal esta buscando um de seus fins, que é a proteção da sociedade, contra ameaças

concretas, caracterizando um dos escopos da própria função jurisdicional (escopo social).⁶

Denílson Feitosa em seus ensinamentos sobre ordem pública também entende que:

Ordem pública é o estado de paz e ausência de crimes na sociedade (...). Se, no sentido processual penal, a liberdade de alguém acarreta perigo para a ordem pública, a prisão preventiva é o meio legal para a sua garantia. Há, portanto, uma presunção legal de que o confinamento da pessoa possa evitar o perigo para a ordem pública. A garantia da ordem pública depende da ocorrência de um perigo. No sentido do processo penal, perigo para a ordem pública pode caracterizar-se na perspectiva subjetiva (acusado) ou, como ainda admite a jurisprudência apesar das críticas, na perspectiva objetiva (sociedade). Podemos, então, falar em garantia da ordem pública na perspectiva subjetiva ou individual, ou na perspectiva objetiva ou social.⁷

Seguindo a mesma linha de pensamento, observa-se que a busca de uma justa defesa da sociedade, que não raras às vezes é negligenciada sob o argumento de defesa da dignidade humana e serve como pano de fundo para manter o “status quo” no modo como são interpretadas as leis, é deixada de lado numa evidente ausência de ponderação de interesses.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito dessas questões levantadas por autores como o Ministro Celso de Melo, Nestor Távora, Eugênio Parcele e Guilherme Nucci, reputa-se como mais importante e significativa o fato não de se decretar a prisão apenas para dar uma satisfação à população ou a mídia de modo geral, a interpretação que defendo é a de que a prisão decretada com fundamento na ordem pública presentes os pressupostos e requisitos já analisados, possuem um efeito muito maior do que uma simples análise de interpretação apenas jurídicas sobre o fato concreto, tendo em conta, que essas decisões possuem consequências muito maiores do que as analisadas em cada caso.

⁶ Disponível em <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>> Acesso em: 15 de Março de 2018.

⁷ Ibid.

Pode-se observar que a certeza de impunidade é fator de aumento de violência e por esse prisma é fato que o modo como se interpretam os casos de prisão preventiva com o fundamento da garantia da ordem pública podem, sem dúvida, contribuir até mesmo num sentido de exemplaridade em relação à sensação de impunidade que é facilmente notado em qualquer conversa em relação às causas do aumento da violência em nosso país.

Não atoa todos os dias os jornais noticiam casos de criminosos que embora já condenados ou mesmo réus confessos, continuam cometendo crimes e impondo a sociedade a impressão de que o sistema judicial vigente não é minimamente eficiente em manter segregados, aqueles que possuem condutas a margem das leis, gerando assim a nítida noção de impunidade que temos atualmente.

A ideia a ser propagada é a de que se a liberdade individual se contraponha a liberdade coletiva colocando-a em risco, esse direito pode ser suprimido em defesa da sociedade, fato que é respaldado pelo princípio da supremacia do interesse público.

Assim a visão que defendo a respeito do tema em repercussão, requer uma interpretação que considera que os direitos fundamentais sejam compreendidos de uma maneira mais moderna, tendo em perspectiva que o Estado antes opressor, passe a ser um garantidor desses direitos e nesse ponto de vista, a prisão preventiva é sem sombras de dúvida indispensável, pois torna-se um poderoso instrumento por meio do qual, a segurança da sociedade é assegurada, preservando assim um dos fins do processo, a paz social.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2017.

BORGES DE MENDONÇA, Andrey. **Prisões e outras Medidas Cautelares Pessoais**. 1. Ed. São Paulo: Método, 2011.

BORGES, Rodrigo Campagnani. **A limitação objetiva do conceito de ordem pública para a decretação da prisão preventiva**. Disponível em

<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva>>. Acesso em: 03 de Maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941) Rio de Janeiro, 1941.

CABETTE, Eduardo Luis Santos. **Garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva**. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>>. Acesso em: 15 de Março de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 05 de Jun de 2018.

_____. **Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2011-05-04:12403>>. Acesso em: 05 de Jun de 2018.

LOPES JR, Ary. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PACELLI, Eugênio. e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 8. Ed. rev. atual, São Paulo: Atlas, 2016.

PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. 7. Ed, São Paulo: Ímpetos, 2010.

TÁVORA, Nestor. e ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. Ed. Roer. Atual, Salvador: Rodovia, 2016.