

A Prisão Preventiva e a Garantia da Ordem Pública

JOSÉ FRANCISCO OLIOSI DA SILVEIRA

Advogado e
Professor de Direito Penal.

"O conceito de garantia da ordem pública reside na necessidade de impedir a repetição de novos crimes. No entanto, a jurisprudência, por razões tecnicamente inatingíveis, vem moldando, criando uma nova figura com o objetivo da decretação da prisão preventiva: o clamor público."

Os doutrinadores do Direito Penal, como demonstram artigos, livros e comentários, têm avançado e obtido resultados doutrinários excepcionais. Assim, hoje fala-se, nos foros e nas faculdades, de *garantismo* (com seus princípios fundamentais, conforme doutrina do Prof. SALO DE CARVALHO, apoiado em LUIGI FERRAJOLI - *Derecho Penal e Razón*), *co-culpabilidade do Estado*, *Direito Penal mínimo*, *princípio da proporcionalidade*, *princípio da insignificância*, *penas alternativas* e tantas outras figuras de igual estatura. Ao mesmo tempo em que se defende tais institutos, busca-se combater a arbitrária *tolerância zero*, a *súmula vinculante*, o *juízo arbitral* e a *reincidência*, entre outros.

No entanto, muito lentamente tem andado a doutrina em termos de Processo Penal.

É lastimável constatar-se que em virtude dos contínuos ataques que vem sofrendo o Poder Judiciário (CPI do Judiciário, juiz trabalhista foragido e outros fatos do mesmo teor), parece estar havendo um verdadeiro exagero na demonstração à mídia de que a Justiça mantém-se vigilante, severa e atuante.

Objetivamente, neste momento, pensa-se na decretação da *prisão preventiva como garantia da ordem pública*.

Afortunadamente, o legislador decidiu expurgar a *prisão preventiva compulsória* da legislação processual penal. A respeito da obrigatoriedade de sua decretação, fala FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo Penal*. V. 3. Saraiva, p. 416):

"...todas as vezes em que estavam satisfeitos os pressupostos da prisão preventiva compulsória, o Juiz não tinha o poder de julgar da conveniência ou não de decretar tal medida cautelar, devia decretá-la. Pouco importavam as condições subjetivas do agente, vale dizer, pouco importava a maior ou menor periculosidade do réu, como entendia o Prof. GOMES NETTO".

Todavia, lastimavelmente, ainda hoje, de uma forma um tanto oblíqua, subsiste, sob outro disfarce, a decretação da prisão preventiva obrigatória. E o nome dessa simulação é a *garantia da ordem pública*.

O que significa, afinal, a *ordem pública*?

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, V. 56, p. 274), citando WALINE (*Droit administratif*), entende que "A noção de ordem pública é extremamente vaga e ampla."

Adiante, conclui: "A segurança dos bens e das pessoas, a salubridade e a tranqüilidade formam-lhe o fundamento."

Os pressupostos da prisão preventiva, como estabelece o art. 312 do CPP, são a *existência do crime* e os *indícios suficientes de autoria*. E os seus objetivos são a *garantia da ordem pública*, a garantia da *instrução criminal* e a *aplicação da lei penal*.

A doutrina, de maneira uniforme, foge do exame da figura da *garantia da ordem pública*. O problema sequer é tangenciado. Não se fala. Limitam-se os autores ao estudo dos outros objetivos (*instrução criminal* e *aplicação da lei penal*).

A jurisprudência, no entanto, define a *garantia da ordem pública*:

"Por garantia da ordem pública, é a prisão feita para evitar a prática de novos crimes..." (STJ - HC 11.971/SP - DJ 12.06.2000 - Rel. Min. Fernando Gonçalves)

"PRISÃO PREVENTIVA - EMPREGO DE ARMA DE FOGO - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE

1. Não obstante os bons antecedentes, a primariedade e a residência fixa no distrito da culpa, afasta-se a alegação de constrangimento ilegal, consubstanciada na negativa de liberdade provisória, porquanto merece subsistir o decreto de prisão preventiva, devidamente fundamentado, no caso de crime cometido mediante o emprego de arma de fogo. Impende colocar em destaque a necessidade da custódia preventiva, na espécie, como garantia da ordem pública, de modo a impedir a constante repetição de atos nocivos, como os noticiados nos autos, que trazem intranqüilidade e desassossego à população. Precedentes da Corte.

2. Recurso improvido." (RHC 8.776/MG - DJ de 27.09.1999 - 6ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves)

Como se vê, o conceito de *garantia da ordem pública* reside na necessidade de impedir a repetição de novos crimes.

No entanto, a jurisprudência, por razões tecnicamente inatingíveis, vem moldando, criando um nova figura com o objetivo da decretação da prisão preventiva: o *clamor público*.

FEU ROSA (*Processo Penal*. Editora Nova Letra, 1992, p. 475), talvez por sua história como magistrado, evoca, objetivamente, a figura do *clamor público*:

"O decreto da prisão preventiva exige que se tome em consideração a gravidade do crime, a personalidade do criminoso e ainda o clamor público."

Lastimavelmente, para justificar esse entendimento, o autor evoca, de forma explícita, a arcaica e perversa figura da pena de talião, no sentido da

vingança:

"Os familiares, os amigos da vítima, seus conhecidos, a comunidade, enfim, não admitem que após um assassinato frio, covarde, brutal, o agente fique transitando livremente pelas ruas." (*Op. cit.*, p. 476)

Se os familiares da vítima, os amigos, não admitem, então a prisão deverá ser decretada...

O *clamor público*, também conhecido como *comoção pública*, leva à conclusão estranha de que a decretação da prisão preventiva, neste caso, não passa de uma explicação, justificação, resposta ao protesto de uma coletividade.

Assim entendeu o STJ, no HC 7.721/MS, em 15.09.1998, DJ de 09.11.1998:

"HC SUBSTITUTIVO - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - FUGA DO DISTRITO DA CULPA - *CLAMOR PÚBLICO* - PRIMARIEDADE - BONS ANTECEDENTES - TRABALHO E RESIDÊNCIAS FIXOS - IRRELEVÂNCIA

1. Fuga do distrito da culpa tão logo cometido o grave delito, justifica a custódia *ante tempus* do acusado, como forma de manter a regularidade da instrução processual e garantir a futura aplicação da lei penal.

2. Ademais, o assassinato do pai pelo próprio filho gera inegável e extensa comoção pública, mormente em pequena cidade do interior, sendo a prisão preventiva uma resposta à indignação da comunidade.

3. Não é obstáculo à segregação *ante tempus*, o fato de o custodiado ser primário, possuir bons antecedentes, ter trabalho e residência fixos, bem como ter-se apresentado espontaneamente à autoridade policial, se as razões do confinamento superam tais qualificações.

4. Ordem denegada. Unanimidade."

Ainda, entre outros:

"1. É de manter-se decreto de prisão preventiva onde ficou demonstrada a materialidade dos delitos e indícios de autoria, registrando-se, outrossim, a existência de maus antecedentes do paciente e o grande *clamor público* causado na comunidade local, o que autoriza a segregação cautelar para garantia da ordem pública, a par do histórico de fugas ostentado pelo paciente.

2. Encerrada a instrução criminal, não há falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo. Aplicação da Súmula nº 52/STJ." (STJ - HC 8.194/MS - DJ de 22.03.1999 - p. 00257 - Rel. Min. Fernando Gonçalves)

Na mesma esteira, a decisão, também da 6ª Turma, em data de 14 de setembro de 1999, sendo Relator o Min. VICENTE LEAL (HC 9.996/RS):

"Estando o decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado, com indicação objetiva da necessidade da custódia, para preservação da ordem pública, e em face do clamor público acusado pelo crime, perde consistência a alegação de constrangimento ilegal."

Buscou-se definir a *garantia da ordem pública*. E qual a definição de *clamor público*?

Pelo que se viu das decisões do STJ, a decretação da prisão preventiva em face do *clamor público* não passa de uma simples resposta à coletividade, com razão ou sem razão, indignada.

No entanto, o perigo do dano causado pelo *clamor público* é imensurável, exatamente porque coloca o julgador na posição de simples executor de uma vontade que não é a sua. Se há *clamor público*, o juiz decreta a prisão. Então, assim, procede não porque entenda ser o caminho justo, mas porque força externa ao seu *sentir* (*sentença-sentire*) determina. E o *clamor público* não é a medida da indignação popular, mas do posicionamento da mídia. Não há *clamor público* sem imprensa, porque esta é que dá publicidade. Portanto, o clamor não vai além da conduta adotada pela imprensa. Então, a vontade do julgador passa a ser a vontade da própria imprensa. Os exemplos gritantes estão aí, na frente de toda a sociedade. Quem não lembra o caso da escola de São Paulo, cujos diretores foram acusados de assédio sexual e atentado violento ao pudor em crianças? Toda a família foi execrada. Até o imóvel apedrejado. Mais tarde, no entanto, provou-se a inocência dos acusados. O mesmo, nos Estados Unidos, com o conhecido Processo Martin (Martin's Trail - fato ocorrido nos moldes do de São Paulo, com diretores de uma escola. Posteriormente, soube-se que uma mãe acusara a direção da escola, para ocultar uma violência sexual consumada por seu amante. A família proprietária da escola foi humilhada, presa, processada e condenada) e as Bruxas de Salen, entre outros. O procedimento que é adotado para demonstrar o *clamor público* é a juntada aos autos das notícias dos jornais. Sem isso, não há *clamor público*.

Então, a contradição que é enfrentada na decretação da prisão preventiva desloca-se do estudo do fato com atenção às *conseqüências do crime* (*circunstância judicial subjetiva*), para as conseqüências da repercussão social criada, para o bem ou para o mal, pela mídia.

Recentemente, a Associação dos Advogados de São Paulo publicou boletim através do qual manifestava sua incontida preocupação quanto ao uso e abuso, por parte das autoridades, da figura do *clamor público* para requerer e decretar prisão preventiva:

"...que cada magistrado resista à coação, hoje confessada e exercida por alguns membros do Ministério Público com o auxílio de parte da mídia, destinada a obter decisões constritivas com base não em indícios consistentes nem em provas, mas no 'clamor público' que já levou Cristo à cruz e Hitler ao poder".

Também há poucos dias, o Ministro do STF, MARCO AURÉLIO DE MELLO, entrevistado, manifestou suas restrições aos contínuos e apressados pedidos da decretação de prisão preventiva:

"...na maioria dos casos em que a mídia e a sociedade estão interessadas, os pedidos de prisão preventiva invertem o direito constitucional da presunção da inocência".

Não parece restar dúvida de que esse procedimento é preocupante, mesmo porque, estabelecida, posteriormente, a injustiça da decretação, seus danos são totalmente irreversíveis. Que a imprensa influencie e até dirija a vontade popular é plenamente compreensível. Mas a decisão judicial foge dessa compreensão, seguramente.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISÃO PREVENTIVA - EMPREGO DE ARMA DE FOGO - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE

1. Não obstante os bons antecedentes, a primariedade e residência fixa no distrito da culpa, afasta-se a alegação de constrangimento ilegal, consubstanciada na negativa de liberdade provisória, porquanto merece subsistir o decreto de prisão preventiva, devidamente fundamentado, no caso de crime cometido mediante o emprego de arma de fogo. Impende colocar em destaque a necessidade da custódia preventiva, na espécie, como garantia da ordem pública, de modo a impedir a constante repetição de atos nocivos, como os noticiados nos autos, que trazem intranquilidade e desassossego à população. Precedentes da Corte.

2. Recurso improvido.

STJ - HC 8.776 - (99/0057921-6) - MG - 6ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU 27.09.1999

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros HAMILTON CARVALHIDO, FONTES DE ALENCAR e VICENTE LEAL. Ausente, por motivo de licença, o Ministro WILLIAM PATTERSON.

Brasília, 02 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro VICENTE LEAL - Presidente

Ministro FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES (Relator):

Ernane de Souza Abritta Filho foi indiciado pela prática de homicídio contra Emílio Sérgio Belletti Rodrigues, cujo corpo foi encontrado no interior do veículo modelo Vectra de sua propriedade, na região pertencente ao município de Nova Lima, em 13 de dezembro de 1998.

Já me pronunciei em caso análogo, no sentido de que a existência de circunstâncias favoráveis ao réu não elide a prisão, pois, mesmo tendo em mente o princípio da presunção de inocência, sobreleva o fato de o crime ter sido cometido mediante o emprego de arma de fogo, tendo sido desferidos cinco tiros, todos praticamente à queima-roupa, revelando-se a periculosidade do recorrente. Outrossim, noticiam os autos o temor provocado nas testemunhas. (fls. 85/87)

A propósito, vale transcrever excerto do acórdão recorrido, quando acentua:

"O crime é de suma gravidade, haja vista a forma de execução, adremente preparada em detalhes, a revelar a insensibilidade moral do agente. O delito repercutiu em âmbito nacional, inclusive, com a exibição de reportagem no programa *Fantástico*, da Rede Globo, não se podendo afirmar, como sugerem os impetrantes, sem mínimo laivo probatório, que foi motivada pela amizade que a vítima nutria com os responsáveis por referido programa." (fl. 116)

(...)

"A custódia cautelar também se justifica para conveniência da instrução criminal. Segundo aponta o culto Procurador de Justiça, 'a liberdade do paciente passou a provocar temor nas pessoas, a ponto de a testemunha André Ribeiro Chaves solicitar garantias da Justiça, conforme se depreende do depoimento de fl. 87 - TJ' (fl. 97). Infere-se do relatório do Delegado de Polícia que o paciente procurou três testemunhas durante a investigação policial para orientá-las em seus depoimentos, a fim de criar um falso alibi (fl. 30). Ademais, noticiou o furto da arma de fogo de sua propriedade, a qual foi encontrada, posteriormente, com um de seus amigos, o que demonstra a franca intenção em dificultar a elucidação dos fatos." (fl. 116)

Neste sentido, esta Corte já manifestou o seu entendimento, *verbis*:

"RHC - PRISÃO EM FLAGRANTE - ROUBO - EMPREGO DE ARMA DE FOGO - CONCURSO DE AGENTES - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE

1. Não obstante os bons antecedentes, a primariedade, o trabalho e residência fixos no distrito da culpa, afasta-se a alegação de constrangimento ilegal, consubstanciada na negativa de liberdade provisória, porquanto merece subsistir a prisão em flagrante pelo crime tipificado no art. 157, § 2º, incs. I, II e IV, do Código Penal, não havendo falar em inobservância do princípio da presunção de inocência, pois o crime foi cometido com grave ameaça, uso de arma de fogo e, ainda, em concurso de agentes. Impende colocar em destaque a necessidade da custódia preventiva, na espécie, como garantia da ordem pública, de modo a impedir a constante repetição de atos nocivos, como os noticiados nos autos, que trazem intranquilidade e desassossego à população. Precedentes da Corte.

2. Recurso improvido." (RHC 8.375/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 24.05.1999)

"RHC - PRISÃO PREVENTIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRISÃO PREVENTIVA QUE SE ENCONTRA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA

Primariedade, bons antecedentes, domicílio certo e profissão definida não inibem a decretação da prisão preventiva se necessária, como no caso.

Recurso desprovido." (RHC 8.655/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 23.08.1999)

"PENAL - PROCESSUAL - PRISÃO PREVENTIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - *HABEAS CORPUS* - RECURSO

1. A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, e por seus antecedentes penais, por si só, basta para embasar a custódia.

2. Prisão preventiva que deve ser mantida, por fundamentada e motivada pela garantia da ordem pública.

3. Recurso a que se nega provimento." (RHC 8.383/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21.06.1999)

"PROCESSUAL PENAL - ASSALTO A MÃO ARMADA - PRISÃO PROCESSUAL - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - RÉU PRIMÁRIO, COM BONS ANTECEDENTES, EMPREGO E RESIDÊNCIA FIXA - DECRETO DE PRISÃO BEM FUNDAMENTADO - PECULIARIDADES FÁTICAS QUE LEVAM À MANUTENÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA DO PACIENTE

I - O paciente, juntamente com outros civis e alguns policiais militares, está sendo processado por roubo de veículo, arma e assalto a veículo transportador de dinheiro.

II - O fato de ser o paciente primário, de bons antecedentes, com emprego e residência fixa não tem, diante da gravidade dos fatos, o condão de levar à revogação do decreto de sua prisão provisória. Precedentes do STJ. O paciente teve, pela denúncia, participação mais ativa na empreita criminosa. *In casu*, inclusive, houve troca de tiros, com ferimentos de ambos os lados. O decreto de sua prisão se acha bem circunstanciado. Trata-se de crime inafiançável, que causou repercussão no meio social.

III - Recurso improvido." (RHC 1.019/SP, DJU 01.03.1993, p. 2534, Rel. Min. Adhemar Maciel)

De outra parte, a autorização para o paciente continuar freqüentando as aulas do curso de Direito não implica na desnecessidade da custódia preventiva, consoante salientando no julgado recorrido, mas sim em conciliar o interesse público de apurar o crime com o particular do indiciado em concluir as disciplinas.

Impende, por fim, colocar em destaque, ser necessária a prisão como garantia da ordem pública, de modo a impedir a constante repetição de atos nocivos, como os noticiados no processo, que trazem intranqüilidade e desassossego à população.

Nego provimento.