

A prisão preventiva brasileira examinada à luz da filosofia política lockeana: um caso de ilegitimidade do poder estatal

Márcio Ferreira Rodrigues Pereira*
Universidade Católica do Salvador

Resumo

Partindo das idéias de um dos pensadores mais importantes para a afirmação das liberdades públicas (liberdade de locomoção, *v. g.*), este trabalho busca analisar a atual prisão preventiva brasileira. Mais especificamente, deseja-se, à luz do “Segundo Tratado do Governo” (1690) de John Locke, esquadriñar a questão da legitimidade dessa modalidade de prisão quando embasada no fundamento da “garantia da ordem pública”.

Palavras-chave: Filosofia política; John Locke; estado de natureza; estado político; Direito Processual Penal; prisão preventiva brasileira.

Dentre outras questões, John Locke (1632-1704) ocupou-se de uma que pode ser considerada um dos mais antigos e polêmicos temas da História da Filosofia: o poder político. Visceralmente ligado ao contexto de sua época, é possível dizer que o pen-

samento de Locke consistiu numa ampla e profunda reflexão acerca das origens e legitimidade do poder político. Influenciando marcadamente a Filosofia das Luzes, assim como alguns movimentos revolucionários do século XVIII, pode-se dizer que as idéias de Locke, no campo do Direito, desempenharam significativo papel, estimulando, por exemplo, a positivação dos denominados direitos de primeira geração¹ em diversos textos legais do ocidente (*v. g.* Constituição da Carolina, 1669²; *Bill of Rights*, 1689; Declaração de Independência dos Estados Unidos, 1776; Declaração dos Direitos do

¹ Segundo Bonavides (2004, p. 563), a expressão direitos de primeira geração teria sido inicialmente cunhada por Karel Vasak em aula inaugural proferida em 1979 no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Consoante o mesmo autor: “os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

² No que tange a este diploma legal, vale recordar que a autoria é atribuída, dentre outras pessoas, ao próprio Locke, cf. Várnagy (2006, p. 76).

*Mestre em Cultura e Sociedade pela Universidade Federal da Bahia; professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador; advogado; bacharelado em Filosofia pela Universidade de São Paulo; E-mail: <marciofrpereira@terra.com.br>

Homem e do Cidadão, 1789; e, de um modo geral, as Constituições modernas).

Conforme recorda Habermas (1997a, pp. 123 e 138), a afirmação de tais direitos, paradigma do Estado liberal, constituía-se em verdadeira resposta à experiência tirânica absolutista, levando ao desenho de um mecanismo institucional voltado à contenção do poder estatal. Em resumo, buscava-se restringir legalmente a ação do Estado de modo a garantir a autonomia individual da burguesia em ascensão.

Tendo, pois, seu pensamento influenciado de forma marcante a afirmação de algumas liberdades públicas em diversos textos legais, cremos que as idéias desse filósofo são, ainda na contemporaneidade, extremamente férteis para se investigar temas relacionados aos chamados direitos de primeira dimensão, como, por exemplo, a liberdade ambulatorial.

É, desse modo, portanto, que, com arrimo num dos pensadores mais importantes para a afirmação das liberdades públicas nas democracias ocidentais, desejamos esquadriñar o instituto da prisão preventiva brasileira. Mais especificamente, almejamos nesse trabalho, à luz de algumas idéias contidas na capital obra “Segundo Tratado sobre o Governo” (1690), examinar essa modalidade de prisão quando fundamentada na “garantia da ordem pública”. Dessa análise, acreditamos possível a conclusão de que há, nessa modalidade de segregação da liberdade ambulatorial, ilegítimo exercício de poder estatal.

Iniciemos, pois, o nosso percurso rememorando alguns pontos fundamentais do “Segundo Tratado”.

Em linhas gerais, Locke, após rechaçar a tese de direito divino dos reis advogada

por Filmer³, busca nessa obra investigar a “verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil” (Locke, 1978, p. 30)⁴. Assim, no “Segundo Tratado”, a questão para Locke é tentar compreender como se dá o poder político e em quais circunstâncias este é exercido legitimamente (Bobbio, 1998, p. 155). Para alcançar tais respostas, o filósofo entenderá necessário, primeiramente, examinar a condição humana no estado predecessor ao político: no estado de natureza. Desse modo, analisemos alguns aspectos básicos do estado de natureza lockeano.

Para Locke, o estado de natureza se caracterizaria como um estado de relativa paz⁵, em que os homens viveriam em condição de liberdade e igualdade plenas.

Por liberdade, entenda-se que o indivíduo pode fazer tudo aquilo que desejar, desde que respeite a lei da natureza. A lei da natureza, segundo o filósofo, seria instituída pela própria razão humana, tendo como fim

³ Baseado em inferências bíblicas, Filmer defende essa posição em “O Patriarca” (1680).

⁴ Segundo alguns comentadores, o “Segundo Tratado”, pode ser considerado como uma resposta “às posições absolutistas de Hobbes e dos monárquicos” (VÁRNAGY, 2006, p. 57). “O principal alvo acadêmico de Locke é o despotismo, isto é, o governo baseado não no consenso, mas na força. Precisa, assim, demonstrar: (1) por que um governo é mau; (2) como é possível evitá-lo” (BOBBIO, 1998, p. 156).

⁵ Esse, como se sabe, é um dos pontos de divergência radical entre Locke e Hobbes, pois enquanto que, para Locke, o estado de natureza seria um estado de relativa tranquilidade e harmonia entre os homens, para Hobbes, dada a sua concepção negativa da natureza humana (*homo homini lupus*), seria um estado de guerra de todos contra todos. Hobbes, oportuno recordar, considera que os indivíduos têm uma inclinação geral caracterizada por “um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte” (1988, v.1, p. 60).

a preservação da humanidade (o cuidado de si e do outro). “Quando os homens vivem juntos conforme a razão, sem um superior comum na Terra que possua autoridade para entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza” (Locke, 1978, p. 41). Porém, note-se que, segundo o pensador, essa permissividade para dirigir suas ações não deve ser confundida com a idéia de licenciabilidade, pois há que se respeitar a lei da natureza. É dizer: não se pode prejudicar arbitrariamente a vida, a saúde, a liberdade ou as posses de outrem (Locke, 1978, p. 36).

Por igualdade, compreenda-se a inexistência de poder hierárquico entre os indivíduos, significando, portanto, que cada homem é seu próprio juiz e executor. Vejamos um trecho significativo do “Segundo Tratado” sobre o assunto:

Para impedir a todos os homens que invadam os direitos dos outros e que mutuamente se molestem, e para que se observe a lei da natureza, que importa na paz e na preservação de toda Humanidade, põe-se, naquele estado, a execução da lei de natureza nas mãos de todos os homens, mediante a qual qualquer um tem o direito de castigar os transgressores dessa lei em tal grau que lhe impeça a violação (...) (Locke, 1978, p. 36).

Diante desse quadro de ampla liberdade e igualdade, caberia a pergunta: o que teria levado então o homem a ingressar em estado político⁶? À pergunta, Locke responde que,

⁶ Segundo Várnagy (2006, p. 65), no pensamento lockeano, as expressões estado político e sociedade civil não são sinônimas – apesar de pare-

apesar da relativa tranqüilidade do estado de natureza, este apresentaria uma série de inconvenientes que terminariam por levar os homens a buscar a vida em estado político. Dentre esses inconvenientes, dê-se destaque à possível parcialidade (excessos) que pode advir do fato de cada homem ser seu próprio juiz e executor; à necessidade de se impedir eventual invasão estrangeira; e o estado de guerra⁷ que pode ocorrer entre os homens. Por essa razão, Locke afirma que “o governo civil é o remédio acertado para os inconvenientes do estado de natureza” (Locke, 1978, p. 38). Frente a isso, pode-se dizer então que a finalidade precípua do estado político seria, pois, a de salvaguardar a lei da natureza, ou seja, de proteger a propriedade “lato sensu”⁸.

cerem ser em algumas passagens iniciais do “Segundo Tratado”. Isto porque é possível, no estado de natureza, os homens viverem em sociedade (sociedade civil), sem a existência de um poder comum imparcial para o qual possam apelar. É com a instituição deste poder que se daria, de fato, o estado político lockeano. De acordo com Várnagy (2006, p. 65), essa distinção fica mais clara quando Locke *diferencia* a dissolução da sociedade da dissolução do governo: “aquele que quiser falar com clareza sobre dissolução do governo deve, em primeiro lugar, distinguir entre a dissolução da sociedade e a dissolução do governo” (LOCKE, 1978, p. 118).

⁷ Locke define-o como sendo “um estado de inimizade e destruição” (1978, p. 40). O estado de guerra, que pode ocorrer tanto no estado de natureza como no político, acontece toda a vez que um homem (inclusive o soberano) investe arbitrariamente contra a propriedade “lato sensu” de outrem. Segundo Locke, ele entra em guerra não apenas contra a sua vítima, mas contra toda a humanidade. Declara viver sob outra regra que não a da razão (lei da natureza), sendo, portanto, considerado um degenerado. Contra ele, o filósofo admite a pena capital.

⁸ Em diversas passagens, Locke faz uso do termo propriedade em sentido amplo, significando: bens, vida e liberdade (LOCKE, p. 67).

A passagem do estado de natureza para o político se daria por meio de um pacto⁹ entre os homens, em que, cada um deles, renunciaria ao próprio poder natural, conferindo-o à comunidade que, doravante, por meio de autoridades por ela constituídas, passaria a solucionar os conflitos de forma imparcial e com base em leis previamente estabelecidas.

“E assim, excluindo-se todo julgamento privado de qualquer cidadão particular, a comunidade torna-se árbitro em virtude de regras estabelecidas, indiferentes e as mesmas para todas as partes, e, por meio de homens, que derivam a autoridade da comunidade para execução dessas regras (...)” (Locke, 1978, p. 67).

Assim, entrando em estado político, o homem delega ao poder legislativo a autorização para elaborar e executar leis destinadas à realização do bem público, “como se fossem decretos dele mesmo” (Locke, 1978, p. 68).

Ainda sobre a passagem do estado de natureza para o político, Locke destaca algu-

⁹ “O pacto de consentimento dos indivíduos consolida, assim, a proteção à propriedade que eles já possuíam no estado de natureza, sendo ela reforçada pelas leis e pela institucionalização do corpo jurídico. Portanto, a passagem do estado de natureza à sociedade política opera-se pelo consentimento unânime de todos, ao submeterem-se às condições estipuladas pelo contrato” (SANTOS, 2008, p. 268). Várnagy (2006, p. 65) aponta que, na realidade, são dois os pactos que podem ser vislumbrados no pensamento lockeano – ainda que possam ocorrer simultaneamente. O pacto em que os homens instituem a vida em comunidade (sociedade civil); e o pacto em que os indivíduos instituem o estado político (poder comum imparcial para quem os homens podem apelar).

mas questões que pensamos ser fundamentais para o presente trabalho. Segundo o pensador, nessa passagem, o indivíduo não pode delegar mais poderes do que possuía no estado de natureza. Assim, como no estado de natureza inexistia poder arbitrário de um homem sobre outro, haja vista a condição de plena igualdade em que os indivíduos se encontrariam, tal poder (arbitrário) não pode ser conferido a um legislador/julgador (ou a quem quer que seja) no estado político.

[O legislativo] não é, nem poderia ser, absolutamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas; porquanto, sendo ele simplesmente o poder em conjunto de todos os membros da sociedade, cedido à pessoa ou grupo de pessoas que é o legislador, não poderá ser mais do que essas pessoas tinham no estado de natureza antes de entrarem em sociedade e o cederem à comunidade; porque ninguém pode transferir a outrem mais poder do que possui, e ninguém tem poder arbitrário absoluto sobre si mesmo ou sobre outrem, para destruir a própria vida ou tirar a vida ou a propriedade de outrem. (Incluímos e destacamos). (Op. cit, 1978, p. 43).

Acrescenta o filósofo que não faria mesmo sentido “trocar” o estado de natureza (de liberdade e igualdade) por um estado – piorado – que possuísse algum tipo de poder arbitrário. E esse indesejável poder arbitrário se faz presente, segundo Locke, no estado político que possui leis indeterminadas, obscuras e inseguras. Vejamos uma das mais significativas sobre o assunto:

O poder absoluto arbitrário ou o governo sem leis fixas estabelecidas não se podem harmonizar com os fins da sociedade e do governo pelo qual os homens abandonassem a liberdade do estado de natureza para sob ele viverem, se não fosse para preservar-lhes a vida, a liberdade e a propriedade, e para garantir-lhes, por meio de regras estabelecidas de direito e de propriedade, a paz e a tranquilidade. (...) seja qual for a forma de governo sob a qual se acha a comunidade, o poder que tem o mando deve governar mediante leis declaradas e recebidas e não por prescrições extemporâneas e resoluções indeterminadas. Pois dessa maneira os homens ficarão em condição muito pior que o estado de natureza se tiverem armado um ou poucos homens do poder conjunto de uma multidão, para forçá-los a obedecer, como lhes aprouver, aos decretos exorbitantes e ilimitados de pensamentos repentinos ou vontades irrestritas e, até o momento, desconhecidas, sem que haja quaisquer medidas fixadas que lhes guiem e justifiquem as ações (Locke, 1978, p. 88).

Do excerto acima, pode-se notar que Locke busca estabelecer certos limites ao poder de legislar, sendo possível asseverar que há ilegitimidade (arbitrariedade) quando este atua por meio de editos extemporâneos e indeterminados.

Pois bem, partindo das idéias de Locke, sucintamente apresentadas acima, desejamos verificar a questão da legitimidade da prisão preventiva brasileira fundamentada na garantia da ordem pública. Na tentativa de tornar mais claro o que estamos pretendendo, parece-nos oportuno discorrer acerca de alguns pontos fundamentais do instituto da prisão preventiva no Brasil.

Em linhas gerais, pode-se asseverar que, historicamente, essa modalidade de prisão tem sido utilizada como forma de segregar provisoriamente a liberdade de locomoção humana com a finalidade de assegurar o resultado de um processo/julgamento e/ou a paz social.

Conforme Almeida Júnior (1959, p. 25), já no período colonial brasileiro, nas denominadas Ordenações do Reino, que vigoravam tanto em Portugal como na Colônia, era possível enxergar um esboço do que se compreende hoje por prisão preventiva¹⁰.

Com efeito, a prisão preventiva que se encontra em vigor atualmente no Brasil, embora tenha sofrido algumas alterações legislativas, mantém muitos dos aspectos da original redação dada pelo Decreto-lei 3.689/41 (que instituiu o Código de Processo Penal)¹¹.

¹⁰ Conforme assevera Barros (1982, pp. 66 e 175), há indicativos de instituto semelhante ao que hoje conhecemos por prisão preventiva desde, pelo menos, a Grécia Antiga. De fato, quando pensamos na prisão que precedeu ao cumprimento da condenação de Sócrates, descrita por Platão em *Fédon*, é possível enxergar, já naquela época, uma modalidade de privação *preventiva* da liberdade ambulatorial do indivíduo.

¹¹ Concebido no período do Estado Novo brasileiro e possuindo forte influência do Código Rocco italiano, o texto original de 1941 relativo à prisão preventiva é prova de um período histórico marcadamente

De acordo com os arts. 311 a 316 do CPP, pode-se dizer que a prisão preventiva é modalidade de cerceamento provisório da liberdade ambulatorial do indivíduo que, decretada por um magistrado, quando presentes determinados requisitos legais, pode ocorrer durante o curso de uma investigação ou processo criminal. Suas finalidades principais, segundo Garcia (1945, p. 144) e Tornaghi (1967, p. 1306), são: garantir o resultado de um processo criminal e resguardar o meio social¹².

Ademais, ressalte-se que, atualmente, a prisão preventiva é encarada como medida de exceção pela comunidade jurídica brasileira, ou seja, somente pode ser decretada quando absolutamente imprescindível. Não por outro motivo que diversos autores

autoritário (cf. OLIVEIRA, 2010, P. 523). Seguindo a experiência de regimes totalitários da época – como Alemanha e Itália – o legislador brasileiro de 1941 criou, através da prisão preventiva, modalidade de prisão automática. É que, a depender do delito praticado pelo agente, o encarceramento deste durante o curso da investigação ou do processo dava-se de modo automático. A necessidade da prisão era, nesses casos, aprioristicamente determinada pela lei. Este tipo de mecanismo não vige mais hoje no ordenamento jurídico brasileiro, porém, conforme veremos, a preventiva, ainda na contemporaneidade, apresenta resquícios significativos do contexto histórico em que foi criada.

¹² Do conceito acima exposto, alguns pontos relevantes devem ser notados. Primeiro, não se deve confundir a prisão preventiva com a chamada prisão pena. Esta é castigo imposto pelo Estado ao autor de infração penal, decorre de uma sentença penal condenatória definitiva e possui finalidade de reprovação e prevenção. Aquela (prisão preventiva) é medida acautelatória decretada no curso de uma investigação ou processo criminal e busca, provisória e instrumentalmente, proteger a regular realização do processo penal e/ou de seu resultado (MARQUES, 2000, p. 50).

costumam denominá-la de mal necessário (Garcia, 1945, p. 144, por exemplo). Trata-se de medida excepcional por conta de um dos princípios/garantias mais elementares adotado pela vigente Constituição brasileira de 1988, qual seja, o princípio do estado jurídico de inocência¹³. Segundo este princípio, ninguém pode ser considerado ou tratado como culpado antes de uma condenação definitiva. Logicamente, não se trata de uma garantia absoluta, porém impõe que a prisão de alguém, antes do julgamento definitivo, só possa ser decretada em situação excepcional.

Com efeito, foi dito anteriormente que, para a decretação desta modalidade de cárcere, seria necessária a presença de determinados requisitos legais. Sem pretender efetuar um exame minucioso destes, afigura-se importante apresentá-los ao menos sinteticamente.

Consoante determinam os arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro¹⁴, para que a prisão preventiva possa ser decretada é preciso, segundo apontam diversos autores (Machado, 2009, pp. 469-477, v. g.), a existência concomitante dos seguintes pressupostos: (1) cometimento de crime doloso

¹³ Art. 5, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Este princípio é corroborado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário: “toda a pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8).

¹⁴ “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública [...] quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (art. 312). “Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior [art. 312], será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos [...] punidos com reclusão; (...)” (art. 313).

por parte do agente (ou seja, grosso modo, crime perpetrado de forma intencional¹⁵); (2) que esta infração seja, em regra, punida com pena de reclusão¹⁶; (3) que haja indício suficiente de autoria da prática deste delito (isto é, prova indiciária da prática de crime por parte do sujeito. Ex: testemunha que viu o réu praticando o delito); e (4) que exista prova da materialidade do crime (isto é, prova de que o delito existiu. Exemplo: um laudo pericial atestando a morte criminosa da vítima).

Consoante mencionado, esse conjunto de requisitos precisa se fazer presente concomitantemente. Mas não é só. Pois, além

¹⁵ Diz o art. 18, I, do Código Penal brasileiro: “Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Logo, não cabe prisão preventiva se o crime for culposo (ex: homicídio culposo – art. 121, §3º, do Código Penal).

¹⁶ Cabe frisar que, normalmente, a reclusão é o tipo de pena utilizada para os crimes mais graves. Uma das conseqüências mais marcantes dos crimes punidos com pena de reclusão é que, caso ocorra a condenação definitiva do réu, este iniciará o cumprimento da pena em regime *fechado*, que é um dos mais rigorosos regimes da execução penal. Ademais, há também, excepcionalmente, a possibilidade de prisão preventiva em relação a crimes punidos com pena de *detenção* (reprimenda mais branda que a de reclusão e aplicada, normalmente, a crimes menos graves, ex: omissão de socorro, art. 135 do CP), nas seguintes situações: a. quando se apurar que o indiciado é vadio; b. houver dúvida quanto à identidade do indiciado e este não colaborar para esclarecê-la; c. o sujeito for reincidente em crime doloso; d. se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher. É preciso dizer que diversos autores criticam duramente a possibilidade de decretação de preventiva em relação aos crimes punidos com *detenção* (DUCLERC, 2008, p. 351, por exemplo). Isto porque entendem que, muito embora o texto legal preveja esta possibilidade, a prisão neste caso é medida flagrantemente desproporcional, já que os crimes apenados com *detenção* são notoriamente mais brandos.

destes pressupostos, é imprescindível também, de acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal¹⁷, que ocorra ao menos uma das hipóteses autorizadoras apontadas a seguir: garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou garantia da ordem pública (Marques, 2000, pp. 49-53).

Então, resumidamente, temos o seguinte: para se decretar a prisão preventiva de alguém no Brasil, se faz necessária a presença concomitante dos requisitos de 1 a 4 (crime doloso, punido, em regra, com reclusão, indício suficiente de autoria e prova da materialidade), somados à ocorrência de ao menos uma das hipóteses autorizadoras (garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou garantia da ordem pública).

Apresentados alguns aspectos basilares dessa modalidade de cárcere provisório, cumpre agora examinar a hipótese autorizadora da prisão preventiva denominada garantia ordem pública. Mas, o que seria ordem pública? Quando esta se encontraria ameaçada e necessitaria ser protegida (ou garantida, como diz a lei) por meio de uma decisão judicial que retirasse do convívio social o indivíduo que a estivesse perturbando? Investiguemos a questão.

¹⁷ 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 (...)”.

Primeiro, cumpre destacar que a lei processual penal brasileira¹⁸ não apresenta qualquer significado para o termo.

Por outro lado, na literatura brasileira e estrangeira constatamos que diversos autores formularam conceitos para a expressão em comento, a saber.

Bobbio, Mantteucci e Pasquino (1998, p. 851), por exemplo, asseveram que a definição de ordem pública é utilizada:

como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Nessa hipótese, ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva (...). Com a variação da inspiração ideológica e dos princípios orientadores (democráticos ou autocráticos, por exemplo), cada ordenamento dará uma disciplina própria (ampla ou restrita) das hipóteses de intervenção normativa e de administração direta tendentes a salvar a ordem pública.

Para Silva (1997, p. 577), por ordem pública, entenda-se a:

situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições

¹⁸ A expressão “ordem pública” aparece também algumas vezes na atual Constituição brasileira, porém sem definição. Vide, por exemplo, os arts. 136 e 144.

e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protestos.

Na mesma linha, Guimarães (2009, p. 459) assevera: “conjunto de princípios éticos, jurídicos, políticos, econômicos e sociais que, no interesse geral, regem a convivência entre os cidadãos, levando a uma situação de segurança e tranquilidade”.

Os processualistas penais, a seu turno, também se esforçam para definir a expressão em comento, senão vejamos:

Mirabete (2000, p. 386), por exemplo, sublinha que por ordem pública entenda-se:

às providências de segurança necessárias para evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, quer porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida (...). Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

Nucci (2006, p. 608), por outro lado, afirma:

entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é

abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social. (...) Um furto simples 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, o que gera, por certo, intranquilidade.

E há vários outros autores que definem ordem pública seguindo, mais ou menos, as mesmas idéias expostas acima.

Com efeito, como se pode ver, o conceito de ordem pública é daqueles que possuem enunciados gerais, abrangentes. A princípio, nenhum problema nisso. A questão, porém, passa a ser intrincada quando recordamos que estamos diante de uma hipótese autorizadora de prisão que não conta com definição legal e que, também, não possui definição precisa pela literatura¹⁹.

¹⁹ Diversos autores apontam que a ausência de significado para a expressão *garantia da ordem pública* no Brasil não se trata de um lapso inocente do legislador de 1941. Segundo afirmam, o Código brasileiro, elaborado por Francisco Campos durante o período

Entretanto, apesar da ausência de definição, nem por isso a magistratura brasileira abriu mão de, cotidianamente, decretar a prisão preventiva amparada nesse exato fundamento: “garantia da ordem pública”.

Frente a essa situação, poder-se-ia imaginar que a jurisprudência teria chamado para si a responsabilidade de definir aquilo que nem a lei nem a literatura precisaram, fornecendo, assim, à sociedade um critério razoavelmente seguro para o esclarecimento da questão.

De fato, os juízes avocaram o papel de conceituar a ordem pública (e de dizer quando esta precisaria ser protegida), porém, longe de estabelecerem um critério seguro para o referido conceito, o que se viu (e se vê) foi (é) exatamente o contrário: as mais

do Estado Novo (era Vargas), tem profunda influência da legislação italiana de 1930, vigente durante o fascismo (Código Rocco). Concluem que foi medida intencional do legislador brasileiro (inspirado pelo fascismo italiano) ter deixado a expressão garantia da ordem pública “em aberto”, pois isto possibilitaria (e ainda possibilita) maior intervenção do poder público na liberdade de ir e vir dos indivíduos. Na verdade, seguindo a lição de Habermas (1997a, pp. 154-156), a expressão em comento pode ser encarada como um sintoma de desvio do paradigma do Estado Social. Este, buscando suprir as “lacunas” de uma política não-intervencionista liberal, lançou-se à tentativa de proporcionar uma igualdade substancial à sociedade, por meio da adoção de uma série de direitos sociais (denominados direitos de segunda geração) e de planejamento econômico. Porém, em decorrência de diversos desvios e disfunções, muitos desses Estados terminaram se transformando em regimes degenerados. Especificamente no campo jurídico, a invocação constante do interesse público e a adoção de conceitos jurídicos incertos – como “ordem pública” – representaram uma característica marcante desse tipo de regime desviado, abalando, desse modo, a tradicional noção de segurança jurídica.

variadas situações abrigadas por aquela expressão. Com efeito, a garantia da ordem pública tem sido utilizada no Brasil para justificar a prisão dos mais diversificados casos, existindo correntes jurisprudenciais que a vinculam, por exemplo, ao perigo de reiteração criminosa, à gravidade do crime cometido, à credibilidade do Poder Judiciário, à repercussão social (clamor público) provocado pelo delito, à necessidade de salvaguardar a integridade física do réu, dentre tantas outras hipóteses. A título de exemplo, confirmam-se algumas decisões:

1. Perigo de reiteração criminosa

Superior Tribunal de Justiça (processo: HC 30236/RJ; data do julgamento: 17/02/2004): Demonstrando o magistrado de forma efetiva a circunstância concreta ensejadora da custódia cautelar [prisão preventiva], consistente na possibilidade de a quadrilha em que, supostamente se inserem os paciente [acusados], vir a cometer novos delitos, resta suficientemente justificada e fundamentada a imposição do encarceramento provisório como forma de garantir a ordem pública²⁰.

²⁰ Lopes Jr. (2006, p. 214) critica com veemência essa corrente de pensamento. Ironiza dizendo que se trata de exercício de “vidência por parte dos julgadores, que até onde temos conhecimento ainda não possuem um *periculosômetro* (diria ZAFFARONI) à disposição”. Duclerc (2008, p. 354) assevera que, no caso, há a instituição de uma “perigosa presunção de culpa”, por parte dos juízes, “não autorizada pela Constituição Federal”. Ou seja, na visão deste último autor, o princípio constitucional da presunção de inocência, visto acima, estaria, em situações como a presente, sendo corrompido pelos julgadores, instituindo-se verdadeira presunção de culpa em relação ao acusado.

2. Gravidade do crime

Superior Tribunal de Justiça (processo: RHC 8375/RJ; data do julgamento: 20/04/1999): Não obstante os bons antecedentes, a primariedade, o trabalho e residência fixos no distrito da culpa (...), 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 (...).

3. Credibilidade do Poder Judiciário

Superior Tribunal de Justiça (processo: HC 2001/0102008-0; data do julgamento: 13/11/2001): O conceito de ordem pública alcança a necessidade de extirpar-se do meio social os motoristas embriagados, bem como o dever de se resgatar a credibilidade da justiça, afetada diante da gravidade do crime, do grande número de vítimas e da comoção provocada pelo resultado da conduta do paciente.

4. Repercussão social do crime (clamor público)

Tribunal de Justiça do Amapá (processo: 216/95; data do julgamento: 26/10/1995): A hediondez do crime, aliada ao grande clamor público causado pela infração e à falta de domicílio e empregos fixos do réu são motivos suficientes para justificar a prisão preventiva.

Tribunal de Justiça do Paraná (RT 693/374): Crimes de homicídio qualificado, seqüestro e ocultação de cadáver. Sacrifício brutal de um menor em ritual satânico, fato que causou repercussão

e indignação em todo o país, como é público e notório (...). Precedente do Excelso Pretório que já definiu que no conceito de ordem pública não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mais, ainda, acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão e que a conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz. A segregação cautelar das pacientes [das acusadas], no momento, está apoiada na legislação vigente e na jurisprudência dos nossos mais elevados Pretórios²¹.

5. Periculosidade do agente

Superior Tribunal de Justiça (processo: RHC 5604/SP; data do julgamento: 09/09/1996): A periculosidade do acusado, reincidente, que na prática do delito, demonstra insensibilidade moral, beijando a vítima já esfaqueada, justifica o decreto da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

Superior Tribunal de Justiça (processo:

²¹ Duclerc (2008, p. 355) também critica a decretação da preventiva com base no argumento da repercussão social provocada pelo delito, nos seguintes termos: “os que se apresentam como *portadores* do dito *clamor público*, são, quase sempre, órgãos de imprensa pouco escrupulosos, que descobriram o *filão* da notícia sangrenta, interessados apenas em aumentar os pontos de audiência e auferir lucros à custa da desgraça de acusados e vítima”. De fato, é de se perguntar qual seria o critério determinante para reconhecer a repercussão social de um crime? Os *mass media*? Lopes Jr (2006, p. 217), nesse sentido também, comenta: “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 da mera **opinião publicada**”.

HC 3561 / SP; data do julgamento: 21/08/1995): Correta a prisão cautelar imposta a réu que tem bons antecedentes e é primário, mas que se fundamenta na gravidade do crime e na periculosidade do agente policial que, se valendo do cargo e se utilizando de viatura oficial, mediante grave ameaça, extorquiu apreciável quantia em dinheiro de um feirante de frutas, revelando personalidade deturpada.

Por fim, mas não menos significativo, existem decisões que reconhecem a necessidade da preventiva (com base na ordem pública) quando a segurança do próprio acusado está em risco. Tais situações ocorrem, exemplificativamente, quando o réu, após praticar determinado delito, sofre perigo de linchamento por parte da população local.

6. Segurança do acusado

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (processo: 699189429; data do julgamento: 22/04/1999): A preventiva deve subsistir, posto ter provocado o paciente com a ação indignada, clamor público evidenciado pelos abaixo-assinados. Tentativa de agressão contra ele, reclama, também, para sua segurança, a segregação provisória (<http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=699189429&num_processo=699189429>).

Supremo Tribunal Federal (processo: RHC 60973/PR; data do julgamento: 27/05/1983): A ordem pública, em cujo interesse essa custódia [prisão preven-

tiva] foi determinada (...), cuida-se de responder à agressão que o crime, por suas características de violência e vilania, desferiu sobre o meio social local. Cuida-se de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça. Subsidiariamente, cuida-se até mesmo de garantir a incolumidade física do réu, que o crime terá colocado em risco, agravado de modo amplo quando a Justiça entenda de colocá-lo em liberdade enquanto aguarda julgamento²².

Oportuno ainda acrescentar que o Ministro Carlos Britto do Supremo Tribunal Federal, em interessante voto proferido no HC 97.688/MG, de 27/10/2009, reconheceu a extrema dificuldade conceitual da expressão. Vejamos o que disse Sua Excelência nessa oportunidade:

tenho buscado, várias vezes, a partir da Constituição Federal, um conceito seguro de ordem pública. Minha âncora, de longa data, tem sido o art. 144 da Constituição, e, nem assim, consigo me sentir absolutamente tranqüilo quanto a

uma tentativa de formulação conceitual da matéria. No mencionado art. 144, a Constituição diz: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos (...)”. Pois bem, o que se tem de mais claro nesse dispositivo constitucional é que segurança pública é atividade genuinamente estatal, voltada para a preservação destes valores ou bens jurídicos: a ordem pública, a incolumidade das pessoas, a incolumidade do patrimônio (seja patrimônio público, seja natureza privada). Mais: segurança pública de permeio com as instituições estatais dela encarregadas, tanto na esfera federal quanto estadual e municipal; isto é, de permeio com os órgãos repressivos da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária, das polícias civil e militar dos Estados, assim como do corpo de bombeiros militares. Avanço no raciocínio para dizer que a expressão “ordem pública” justamente é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. O

²² Essa hipótese de decretação da preventiva – salvaguarda da integridade física do acusado – nos parece das mais absurdas. O Estado, que deveria garantir a segurança pública da comunidade, bem como a incolumidade corpórea do acusado, termina por determinar a segregação deste último a fim de protegê-lo (?) de eventual violência contra sua pessoa. Também entendendo esta situação absurda, estão: Delmanto Jr. (2001, p. 180) e Duclerc (2008, p. 354), asseverando este último ainda que o réu é quem deveria ter a liberdade de decidir como preservar sua integridade física, além do que, sendo preso, nada garantirá que o acusado não possa ser vítima de ataques à sua pessoa.

máximo que consegui até agora: um conceito negativo. Quero dizer: “ordem pública” é conceito diferente da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Esses exemplos – dentre tantos outros que poderiam ser aqui apresentados – são uma singela tentativa de demonstrar como a expressão garantia da ordem pública tem sido utilizada pela magistratura brasileira para abrigar as mais variadas situações. Não se quer sustentar que, em todas as hipóteses em que a expressão é invocada, a prisão é descabida. Não. Pode-se até concordar que, em alguns casos, a retirada do indivíduo do convívio social aparenta ser, de fato, um mal necessário, como dizem. Porém, nosso ponto não é esse. Não desejamos discutir o acerto ou desacerto da jurisprudência nesse particular. Na verdade, com a apresentação desse “pluralismo interpretativo” busca-se apenas demonstrar a inexistência de critério seguro para cercear a liberdade individual no Brasil, o que termina conferindo aos que decidem a possibilidade de intervir, de forma exagerada, segundo cremos, na liberdade ambulatorial das pessoas, abrindo espaço, assim, para decisões arbitrárias.

Não por outro motivo que Tourinho Filho (2005, p. 509) argumenta criticamente:

’perigosidade do réu’, ’os espalhamentos 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.

Diante desse quadro e trazendo novamente à baila o pensamento de Locke, parece-nos possível sustentar a existência de dupla ilegitimidade²³ de poder político no caso da prisão preventiva brasileira fundada na garantia da ordem pública. Isto porque estamos diante de edito que, de modo indeterminado, autoriza a prisão dos indivíduos (exercício ilegítimo do poder de legislar) e porque estamos perante a utilização desse mesmo edito por parte da magistratura que cria – não um conceito de ordem pública – mas inúmeros (exercício ilegítimo do poder de julgar).

Conforme vimos acima, para Locke, se não há poder arbitrário de um homem sobre o outro no estado de natureza, tal modalidade de poder (arbitrário) é também descabida no estado político, uma vez que não se pode transferir mais poder do que se tem e, por uma questão de coerência, não faria mesmo sentido o indivíduo “trocar” o estado de natureza (de plena liberdade e igualdade) por um estado piorado com poder arbitrário exercido por um ou por alguns. Segue outra passagem que reforça essa idéia:

A liberdade dos homens sob governo importa em ter regra permanente pela qual viva, comum a todos os membros dessa sociedade e feita pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir a minha própria vontade em tudo

²³ O termo “ilegitimidade” empregado aqui, reitere-se, tem o significado que lhe emprega John Locke, ou seja, como sinônimo de poder arbitrário (YOLTON, 1996).

quanto a regra não prescreve, não ficando sujeita à vontade inconstante, incerta e arbitrária de qualquer homem; como a liberdade de natureza consiste em não estar sob qualquer restrição que não a lei da natureza (Locke, 1978, p. 43).

Daí porque cremos que frente ao arcabouço teórico exposto por Locke no “Segundo Tratado” a legitimidade da prisão preventiva brasileira, quando fundamentada na garantia da ordem pública, não se sustenta.

Com efeito, para além da ilegitimidade, pode-se, igualmente, colocar em xeque a constitucionalidade da expressão “garantia da ordem pública”. É que, como vimos acima, a atual Constituição brasileira veda que se dê tratamento de culpado àquele que ainda não foi condenado em definitivo (é o que se chama de princípio ou garantia do estado jurídico de inocência). Logicamente, não se trata de uma garantia absoluta, pois o mesmo texto legal (Constituição) permite, em certas hipóteses, o encarceramento provisório (prisão em flagrante, por exemplo). No entanto, a garantia em comento impõe que eventual prisão antes de condenação definitiva só possa ser decretada em caráter excepcional, isto é, se realmente necessária. Ocorre que, como a expressão “garantia da ordem pública” é imprecisa e, pior, utilizada cotidianamente pela magistratura brasileira para abrigar as mais variadas situações, acaba-se, com isso, subvertendo a regra da prisão como medida de exceção. Tem-se, assim, utilizado, por diversas vezes, o instituto da prisão preventiva para promover uma odiosa “antecipação de pena” do indivíduo, em franca violação ao texto constitucional.

Atento a essa questão, pondera Gomes Filho (apud Lima, 2006, p. 325):

A idéia de ‘ordem pública’, longe de representar um conceito que pode ser corretamente delimitado, constitui um recurso retórico do legislador, utilizado com objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica e que implica a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade e da certeza jurídica (...). Apesar dessa apontada nebulosidade, o recurso à ‘ordem pública’ em matéria penal e processual penal tem uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Cumprindo ainda ressaltar que, na realidade, não provoca espanto o fato do Código de Processo Penal brasileiro – datado de 1941 –, ao tratar da liberdade dos indivíduos, possuir dispositivos contendo expressões vagas e flexíveis como a que estudamos aqui (ordem pública). Isto porque o *corpus* normativo processual penal brasileiro, conforme mencionado alhures, possui significativa inspiração no processo penal fascista italiano. O que, de fato, causa assombro então é ver que, passado mais de meio século desde a promulgação do Código brasileiro (e mais de vinte anos após a denominada Constituição “cidadã” de 1988 – conforme é conhecida), se encontram ainda no ordenamento jurídico do Brasil expressões com nítida carga autoritária e, pior, senda aplicadas, cotidianamente, pelo Poder Judiciário. Digno de

destaque também que as recentes leis que alteraram o texto do Código de Processo Penal brasileiro (Leis: 11.900/09, 11.719/08, 11.689/08, 11.690/08, por exemplo), infelizmente, “deixaram escapar” esse “detalhe”, que, por ora, permanece tal qual buscamos apresentar neste trabalho.

Referências

- ALMEIDA JR. J. M. 1959. *O processo criminal brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- BARROS, R. P. de C. 1982. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense.
- BOBBIO, N. 1998. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UNB.
- . Mantteucci, N.; Pasquino, G. *Dicionário de política*. 1998. 11 ed. Brasília: UNB, 2 v.
- BONAVIDES, P. 2004. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros.
- DELMANTO JR., R. 2001. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- DUCLERC, E. 2008. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- GARCIA, B. 1945. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. III.
- GUIMARÃES, D. 2010. *Dicionário técnico jurídico*. 13 edição. Rideel: São Paulo.
- HABERMAS, J. 2003. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, volume II, 2. ed.
- HOBBS, T. 1988. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2 volumes. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Os pensadores. 4 ed. São Paulo: Nova cultural.
- LIMA, M. P. 2006. *Curso de processo penal*. V II. 2 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro.
- LOCKE, J. 1978. *Segundo tratado sobre o governo*. Os pensadores. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural.
- LOPES JR., A. 2006. *Introdução crítica ao processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MACHADO, A. A. 2009. *Curso de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas.
- MARQUES, J. F. 1997. *Elementos de direito processual penal*, v. IV. Campinas: Bookseller.
- MIRABETE, J. F. 2000. *Processo penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas.
- NUCCI, G. de S. 2006. *Código de Processo Penal Comentado*. 5 ed. São Paulo: RT.
- OLIVEIRA, E. P. de. 2006. *Curso de processo penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.

- SANTOS, A. C. dos. *Locke*. 2008. In: PECORARO, R. (org). Os filósofos: clássicos da filosofia, v. I, de Sócrates a Rousseau. Petrópolis, RJ: Vozes, PUC-RIO, pp. 262-286.
- SILVA, D. P. e. 1997. *Dicionário de vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense.
- TOURINHO FILHO, F. C. 2005. *Código de Processo Penal Comentado*, v. 1. 9 ed. revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva.
- VÁRNAGY, T. 2006. *O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo*. Tradução de Celina Lagrutta. In: Boron, A. A. (org.). *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx*. 1 ed. São Paulo: USP, p 294-334.
- YOLTON, J. W. 1996. *Dicionário Locke*. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.