

Pode uma prisão preventiva se basear na opinião pública?

Maurício Sant'Anna dos Reis*

Um processo penal que se queira democrático deve ter como princípio básico a presunção de inocência e o decorrente dever de tratamento ao réu como se inocente – ao menos até o final do processo – fosse. A apreciação do caso penal no justo processo faria emergir ao final o convencimento do juiz a quem incumbiria absolver (mantendo a situação de inocência) ou condenar (rompendo com a inicial presunção). Em uma ótica utilitária, no entanto, mesmo por se tratar de um princípio – portanto, ponderável¹ – é possível que se mitigue essa presunção para, cautelarmente, resguardar o processo, prendendo-se preventivamente. Assim, em havendo cautelaridade, preenchidos requisitos, fundamentos e mostrando-se necessária, a prisão preventiva poderá ser decreta antes da condenação (e da imposição de pena)².

É nessa linha que o Código de Processo Penal brasileiro autoriza a prisão preventiva, constatando-se ao menos um de quatro fundamentos: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Embora possam ser observados certos elementos de cautela nos dois últimos fundamentos, o mesmo não ocorre nos dois primeiros. Particularmente, a prisão preventiva para garantia da ordem pública, se reveste de nebulosidade quase que indissipável, tendo em vista a vagueza (quicá anemia³) semântica do conceito de “ordem pública” na sistemática jurídica processual penal vigente. Com efeito, o mesmo código que a estabelece como fundamento da prisão preventiva, não a define.

Esse espaço de significante é preenchido, ante a lacuna da lei, pela casuística e pelos “teóricos do processo penal”, verificando-se, contudo, elástica conceituação ao termo. Por ordem pública, entende o direito processual penal, por

* Mestrando em Ciências Criminais na PUCRS. Professor do Centro de Ensino Superior Cenequista de Farroupilha – CESF.

¹ Cf. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Primeiras Reflexões Acerca da Distinção entre Princípios e Regras Constitucionais do Processo Penal *in* **Boletim informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal**, ano 1, n. 1, 2011, pp. 17-18.

² Esse breve ensaio não comporta a abordagem dos requisitos, fundamentos e necessidade da prisão preventiva, os quais, sucintamente pode-se afirmar que emergem da conjugação dos artigos 312, 313, 314, 282 § 6º e 319, todos do CPP.

³ Cf. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como *bricolage* de significantes**. 2005. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2010, p. 194 Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1>. Acesso em 08 set. 2010.

exemplo, a brutalidade ou gravidade do crime, a credibilidade das instituições, a credibilidade da justiça, a proteção da integridade física do imputado e o clamor público. A este último, a par da crítica que possa ser tecido a quaisquer dos outros “sinônimos”, é que se volta o foco dessa breve exposição.

O tema, é bem verdade, não é inédito⁴. De qualquer sorte, tendo em vista que permanece propalando seus efeitos nefastos⁵, é ainda instigante. SANGUINÉ expõe aspectos jurídicos que se encaminhariam para reconhecer a inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva, no sentido em que restaria malferida a *legalidade processual penal* (observando que o rol do art. 312 deveria ser interpretado restritivamente), a *presunção de inocência* (pois se imporá como antecipação de pena, desrespeitando dever de tratamento para com o réu) e a *proporcionalidade* (uma vez que se desviaria de seu objetivo), concluindo que o clamor público seria um fundamento juridicamente falso⁶. Irretocável a argumentação erigida no artigo, contudo, observa-se que a questão do clamor público transcenda à argumentação jurídica.

Isso porque, pela forma como é construído o argumento do “clamor público”, acaba se confundindo com o de “opinião pública”⁷ e aí reside outro aspecto importante. BORDIEU destaca que, opinião pública é a opinião digna de termo⁸. Em suma, demonstra que não é a opinião efetivamente do público, senão a opinião erigida para que seja absorvida pelo público, ou seja, se consubstancia na opinião de notáveis, do ponto de vista moral, intelectual ou de força⁹, a opinião dita esclarecida, torna-se a opinião pública¹⁰. Dito de outro modo, a opinião pública não é a do público a que se dirige, mas a de outra esfera, tida por esclarecida, que a impõe sobre o grande público e,

⁴ Cf. SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva, in **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, ano 3, n. 10, 2003, pp. 113-119

⁵ Ainda mais pela oxigenação que recebeu com a promulgação da Lei n.º 12.43/2011, cujo projeto havia expurgado esse fundamento, reinserto, contudo, nos debates legislativos.

⁶ Cf. SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva, pp. 117-119.

⁷ Ou opinião **publicada**, como observa LOPES JR. Nesse sentido Cf. LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 85.

⁸ Cf. BORDIEU, Pierre. A fábrica de opinião pública, pp. 14-15, in **Le monde diplomatique Brasil**. Ano 5, n. 54, jan. 2012, p. 14.

⁹ Cf. BORDIEU, Pierre. A fábrica de opinião pública, p. 14.

¹⁰ Importante observar que BORDIEU cita como exemplo a regulação da reprodução assistida, que conta com um comitê de pessoas esclarecidas de diversas áreas (médicos, psicólogos, juristas, sociólogos, religiosos) que confrontam suas opiniões para a edificação de um discurso universal sobre o assunto. Cf. BORDIEU, Pierre. A fábrica de opinião pública, pp. 14-15.

nas palavras do autor “[...] A verdade dos dominantes se transforma na verdade de todos”¹¹.

Se do ponto de vista social, a ideia de opinião pública se adéqua a de imposição da opinião de quem detém o poder sobre quem não o detém, diferente não é no processo. Fundamentar uma prisão preventiva com base na ordem pública, pelo clamor público causado pelo fato supostamente criminoso, ante a robusta manifestação dos meios de comunicação sobre o dito crime, não se afasta da lógica trazida por Pierre Bourdieu. Com efeito, a prisão que se baseia na opinião pública, por certo em nada se baseia, tendo em vista que a opinião pública, não pertence ao público, senão ao próprio juiz, ou, quando muito, a um meio de comunicação. Desse modo a decisão é *sui* referencial, é cíclica, está despida da devida fundamentação exigida a todas as decisões, pelo que é ilegal. Mas acima de tudo não é sequer uma decisão judicial, senão um ato escancarado de submissão ao poder, ao arbítrio, em suma, manifestamente ilegal.

REFERÊNCIAS

BORDIEU, Pierre. A fábrica de opinião pública, *in Le monde diplomatique Brasil*. Ano 5, n. 54, jan. 2012.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como *bricolage* de significantes**. 2005. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2010. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1>. Acesso em 08 set. 2010.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Primeiras Reflexões Acerca da Distinção entre Princípios e Regras Constitucionais do Processo Penal *in Boletim informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*, ano 1, n. 1, 2011.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva, *in Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, ano 3, n. 10, 2003.

¹¹ BORDIEU, Pierre. A fábrica de opinião pública, p. 15.