III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

A532
Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-000-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

No dia 22 de outubro de 2019 foram propostos debates de temas relacionados ao direito penal, criminologia e direito processual penal, no II Congresso do Vetor Norte, realizado na FAMINAS-BH.

Estudos realizados no contexto do garantismo penal e do processo penal democrático, cujo foco central se encontra na dignidade humana do acusado e apenado, foram exaustivamente discutidos. As garantias constitucionais do processo, especificamente centradas nos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, inadmissibilidade de provas produzidas e obtidas por meios ilícitos conduziram as reflexões críticas apresentadas.

A racionalidade crítica, como critério regente da fundamentação das decisões judiciais, também foi amplamente debatida, contextualizando a temática exposta com a discussão que envolve a seletividade jurisdicional no âmbito penal.

Ao final, foram realizados estudos do sistema penitenciário brasileiro e as questões envolvendo a progressão de regime, focando-se os debates apresentados a partir do princípio da dignidade humana.

Henrique Abi-Ackel Torres

Marcelo Sarsur

André Leonardo Coura

O JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A MANIPULAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

THE JUDGE IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW AND THE MANIPULATION OF PUBLIC ORDER FOR DECREE DETENTION

Kamilla Faria Mello [1]
José de Assis Santiago Neto [2]

Resumo

Não é raro observar a utilização do termo "garantia da ordem pública" por juízes que buscam justificar e validar os decretos de prisões preventivas. Ocorre que tal termo por carregar tamanha abstração e ainda por não satisfazer os requisitos de cautelaridade exigidos pelo instituto da preventiva deveria ser afastado pelos magistrados. Eis que aqueles magistrados que compreendem o seu papel na democracia, já entenderam que devem se comportar como garantidores dos indivíduos, concretamente localizados no processo. De modo que para esses, não há espaço para manutenção de decisões utilitaristas.

Palavras-chave: Juízes criminais, Democracia, Prisões preventivas, Garantia da ordem pública

Abstract/Resumen/Résumé

It is not uncommon to observe the use of the term "public order guarantee" by judges seeking to justify and validate preventive arrest decrees. It turns out that such a term for carrying such abstraction and still not meeting the precautionary requirements demanded by the preventive institute should be rejected by the magistrates. Behold, those magistrates who understand their role in democracy have already understood that they must behave as guarantors of individuals, concretely located in the process. So for these, there is no room for maintaining utilitarian decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal judges, Democracy, Preventive prisons, Guarantee of public order

[1] Estudante de Direito da PUC Minas; Vice-presidente e Diretora de Comunicação da LAJUMG; aluna pesquisadora bolsista do FIP.

[2] Doutor pela PUC Minas (2019); Pesquisador do FIP; Orientador.

INTRODUÇÃO

Após a Constituição Federal de 1988, um novo paradigma constitucional foi criado no Brasil, que passou a se constituir como Estado Democrático de Direito e, com isso, trouxe para si um grande elenco de direitos e garantias fundamentais que precisam ser levados à sério. É bom dizer, entretanto, que não basta que a Constituição diga que o Brasil está constituído sob o Estado Democrático de Direito, esse modelo não nasceu pronto e acabado com a Carta Política, pelo contrário, é fruto da construção diária e forjado sob a perspectiva da efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, se tornou primordial a aprimoração da atuação dos operadores do Direito, ao passo que, muitos, apesar de formados na tradição positivista de outrora, passaram a lidar com a diversidade de princípios trazidos pelo texto constitucional e pelas exigências do novo paradigma. Eis a grande diferença: não é a adequado que as decisões continuem se dando apenas de forma silogística através da aplicação irrefletida das leis, muito antes pelo contrário, se espera que os juízes, decidam levando em consideração não só o texto da lei, mas também as garantias processuais. Nesta toada, os juízes criminais possuem o dever de observarem ainda a função do processo penal, que é a de limitação do poder punitivo, conforme constituição e a necessidade de observância do princípio unificador dispositivo, que fundamenta o sistema processual penal acusatório.

Além disso, com a internacionalização do direito, sobretudo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a interpretação do Direito se tornou ainda mais complexa. Não basta apenas uma análise constitucional, é necessário um controle de convencionalidade dos textos internos para se verificar sua conformidade com os direitos humanos.

Neste sentido, é preciso que os juízes se recordem em cada decisão que, as bases da legislação penal brasileira, código de processo penal e código penal são fruto da ditadura do Estado Novo, forjados por Francisco Campos durante o governo de Getúlio Vargas e, apesar de terem sofrido reformas pontuais, nenhuma dessas reformas foi (e nem seria) capaz de mudar seu DNA autoritário. Isto deveria ser suficiente para que os referidos textos legais fossem vistos com grande desconfiança e que tais textos passassem por cuidadoso filtro de constitucionalidade e de convencionalidade, sendo necessária sua análise em conformidade com a Constituição e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Tratar-se-á neste trabalho sobre um dos textos que apresentam desconexão com os princípios constitucionais e convencionais: o requisito "garantia da ordem pública" para decretação de prisões preventivas. O objetivo é demonstrar que considerando o papel que os magistrados devem exercer para manutenção da democracia, decretações de prisões preventivas nestes termos representam grande afronta ao que é proposto pela Constituição da República. Para tanto, tem-se como metodologia a utilização do método dedutivo acompanhada da técnica de revisão bibliográfica.

1- O PAPEL DOS JUÍZES NA DEMOCRACIA

Uma dívida que ainda se tem com a democracia é a efetiva dialética nas discussões penais, e, não se pode olvidar que o Estado Democrático de Direito deve estar em constante manutenção propiciando a participação popular. Enfatiza-se que, o Direito é construído pelos representantes dos cidadãos, na fase legislativa, sendo que na fase judicial, os magistrados precisam considerar que o Direito deve ser construído pelas partes. Isso quer dizer que a decisão, em um Estado Democrático de Direito deve ser construída pelas as partes em contraditório, esse formado pela informação, reação, influência e não surpresa (BARROS, 2009, p. 18-19). Assim,

> Uma decisão não pode ser fruto de preferências pessoais, de subjetivismos, de escolhas arbitrárias. Ela há de ser argumentativamente construída. Não se pode servir a dois senhores. Ou a prisão é ilegítima porque princípios constitucionais estão sendo violados, ou o juiz manda soltar o réu porque volta sua ira contra os neoliberais. Ou a decisão é baseada em princípios (então, desde que coerentemente fundamentada, tem plena condição de prosperar), ou é fruto de preferências, gostos, desgostos etc. (nesse caso não há nenhuma chance de tomá-la como válida). O ativismo judicial encontra limites na Constituição. (PINHO, 2013, p.36)

Deste modo, é inegável o quão problemático é a presença de magistrados que não tenham compreendido de forma democrática a disposição das partes no processo. Todavia, ressalta-se que, no processo penal, tais situações assumem ares de gigantesca dramaticidade. Eis que os magistrados neste campo estão a decidir sobre diretos fundamentais dos indivíduos. E conforme alerta Jacinto, o magistrado quando pode "orientar o êxito, faz-se o que quiser" (COUTINHO, 2009, p.106). De maneira que, para que se erradique arbitrariedades e se mantenha a democracia no âmbito processual, os fundamentos morais políticos das decisões judiciais devem ser aqueles contidos na Constituição Federal, e, portanto, os princípios que nela constam.

É preciso, conforme aponta Amilton Bueno de Carvalho (2011), que os juízes demonstrem, em cada decisão, que de fato os fundamentos jurídicos ali colocados são justos, ou seja, adequados e orientados pela lógica da Constituição Federal. É isto: "hoje se espera muito mais dos juízes, do que a simples demonstração de obediência à lei" (CARVALHO, 2011, p.46). Eis que para cumprir sua função contramajoritária (COUTINHO, 2009), os magistrados podem, se for o caso, afastar a incidência de determinada lei por entender que esta não atende aos ditames constitucionais.

Rodrigo Roig (2015) explica que para além da função contramajoritária, os juízes devem exercer a função contentora, que se traduz na proteção do indivíduo contra o poder de punir estatal, bem como na máxima redução de danos para aqueles que são submetidos ao processo penal. Portanto, sabendo que o papel dos magistrados na democracia envolve o afastamento de decisões utilitaristas, a justificação da justiça dos fundamentos em cada decisão e também a necessidade de se conter o poder punitivo, reduzindo-se os danos do processo penal, é preciso analisar se a decretação de prisões preventivas para garantia da ordem pública se adequam ao papel dos juízes, conforme a lógica constitucional que determina um sistema processual penal acusatório.

2- PRISÕES PREVENTIVAS PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Por diversas vezes a prisão preventiva tem sido utilizada de forma desvirtuada pelos magistrados que ainda não assumiram o papel que lhes é designado: garante da ordem constitucional, nos dizeres de Jacinto Coutinho (2009). Tal fenômeno é recorrente principalmente porque alguns juízes criminais vislumbram a prisão preventiva como sedativo para a população: entrega-se para a sociedade, sustentada pelo medo constante e indignada com a sensação de (falsa) impunidade, aquilo que esta espera, a imediata punição. Esta distorção do instituto é problemática, pois aquilo que deveria ser excepcional, torna-se regra e aquilo que deveria servir apenas para tutela processual, acaba assumindo o papel de castigo.

Prisões preventivas já representam verdadeira crueldade estatal, pois segrega-se alguém sem que esse tenha sido submetido a um processo de conhecimento, com ampla argumentação entre as partes. Aqui está o ponto nevrálgico da questão: violação da liberdade, caro direito fundamental, sem o devido processo legal. Assim, sem exageros pode-se reconhecer que este instituto é o mais violento do processo penal:

> Quando se recolhe alguém preso a uma delegacia ou a um estabelecimento prisional, não está a comunidade a indagar se a prisão é cautelar ou se decorre de uma sentença condenatória; se o preso está cumprindo pena ou se tão somente está sendo preso de modo ainda provisório. (...) O que vale para o homem do povo é a visão do autor de um crime sendo privado de sua liberdade logo em seguida ao fato, o que, de algum modo, já lhe soa como uma punição. (CRUZ, 2011, p.15)

O instituto da prisão preventiva resta prejudicado quando usado para garantia da ordem pública primeiramente porque nestas circunstâncias não se alcança a finalidade da prisão cautelar: proteção do processo de conhecimento. Acrescenta-se que este termo "garantia da ordem pública" é tão vago que pode servir para justificar qualquer prisão cautelar e isto é extremamente perigoso, além de contrariar a lógica do processo penal como limitador do poder estatal.

Com constância é preciso retornarmos a esta percepção dada por Ferrajoli (2006): direito penal sempre serve para proteger o mais fraco. Após a ocorrência dos fatos criminosos, o mais fraco, indubitavelmente, é o acusado. Estará o acusado protegido se os magistrados podem prendê-lo preventivamente com qualquer argumento, que ao final e ao cabo, seja incluído como espécie do gênero garantia da ordem pública? A vagueza deste conceito demonstra sua completa impropriedade para deferir uma prisão preventiva:

> Trata-se do requisito mais amplo, genérico, indeterminado e impreciso de nosso ordenamento jurídico para a decretação de prisão preventiva, gerando inevitável insegurança decorrente da análise da conveniência ou não da adoção da medida constritiva cautelar. Como bem observado, diante da imprecisão semântica da expressão – quase sempre identificada como paz social e a tranquilidade pública – a jurisprudência tem emprestado à garantia da ordem pública os mais diversos significados "comoção social"; "periculosidade do réu", ou mesmo "para preservar sua integridade" [do suposto autor da infração] em caso de possível linchamento; "perversão do crime"; "insensibilidade moral do acusado"; "clamor público"; "repercussão midiática", ou seja, tudo que não serve como base ou requisito para decretação de prisão preventiva é utilizado como sinônimo de "ordem pública", a fim de validar e justificar o decreto prisional provisório. (MINAGÉ, 2019, p.233 e 234)

É crucial: não se protege o acusado concedendo para os juízes criminais tamanho poder para prender. E não podem prosperar argumentos que indicam que a garantia da ordem pública serve a maioria, portanto é legítima. Eis que em uma sociedade em que se pretende a plenitude democrática, é indispensável que os poderem sejam constrangidos, isto é, limitados.

3- CONCLUSÃO

É ilusório projetar que quanto mais se prende, mais segura está a sociedade. A segurança da sociedade decorre do respeito às regras do jogo, pois observando e obedecendo as regras constitucionais é que se garante segurança jurídica para todos. Os fins não podem justificar os meios, de sorte que o desejo de segregar aqueles que são taxados como perigosos não pode se sobrepor aos direitos de liberdade, presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, enfim, aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Boa parte da sociedade, mais especificamente a parcela que se autodenomina como “boa”, inúmeras vezes não se imagina como parte acusada em um processo penal, que essa mesma parte pensa ser destinado àqueles que ela rotula como “maus”. Nessa toada, sem entender a gravidade dos seus discursos, acaba clamando por verdadeiros insultos à lógica constitucional e democrática. Não é difícil ver quem sustente, inclusive como palanque eleitoral, que, o respeito à legalidade estrita é propulsor de impunidades, que as garantias processuais, muitas vezes, são contraproducentes e, a tão falaciosa, que no Brasil se prende pouco! Ocorre que, discursos externos aos autos não devem influenciar nas decisões dos juízes criminais, quem dirá discursos como estes que não possuem embasamentos plausíveis.

Tratando-se de prisões preventivas, considerando que estas representam o difícil equilíbrio entre a liberdade dos cidadãos e o dever estatal em punir quem age de modo contrário às leis (LOPES JÚNIOR, 2014). À vista disso, resta o dilema: Como os juízes devem agir com este conflito de direitos? É essencial que o juiz entenda seu papel contramajoritário, contentor e assuma a responsabilidade de avaliar a justiça dos fundamentos jurídicos que pretende aplicar em cada decisão.

Nas decisões que determinam prisões preventivas para garantia da ordem pública é evidente o afastamento dos magistrados de sua posição de garante, dado que este acaba por priorizar a sociedade, sempre colocada de forma amplamente abstrata, em detrimento do indivíduo, concretamente localizado, que terá um direito fundamental caríssimo sendo violado. Assim, é urgente que os magistrados reconheçam o quão inconstitucional são as decisões que sustentam a segregação cautelar com a garantia da ordem pública, de modo que não sendo possível justificar a justiça dessa lei, deverá a aplicação da mesma ser afastada, enquanto não é revogada devido sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, nº 183, p. 103-115, julho/setembro de 2009.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** Aury Lopes Jr. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2013

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.