

**A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: ANÁLISE DE UM
FUNDAMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR¹**

**THE BUILDING OF THE CONCEPT OF PUBLIC
ORDER IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW: ANALYSIS
OF THE FUNDAMENTALS OF INJUNCTION CUSTODY**

ANDRÉ PEDROLI SERRETTI

Doutorando

Universidade de Salamanca, Espanha

andrepedrolli@yahoo.com

RESUMO: O presente artigo é resultado da pesquisa que se iniciou com a definição do conceito de ordem pública no Processo Penal brasileiro, tal como proposto pela doutrina tradicional, recepcionado pela jurisprudência. Após análise crítica de tais definições, propôs-se um conceito de ordem pública fundamentado no marco teórico referente ao funcionalismo sistêmico, da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, levando-se em consideração a ponderação dos princípios envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: ordem pública; funcionalismo sistêmico; teoria dos sistemas; ponderação de princípios.

¹ O presente trabalho foi desenvolvido a partir dos estudos realizados pessoalmente, no grupo de pesquisa sobre o conceito de Ordem Pública no Direito Processual Penal Brasileiro, iniciado no ano 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

ABSTRACT: The present article results from a research that began with the definition of the concept of public order in the Brazilian Procedural Criminal Law, just as proposed by traditional doctrine and confirmed by jurisprudence. After a critical analysis of such definitions, one proposed a concept of public order based on the theoretical framework of Systemic Functionalism, of Niklas Luhmann's Social Systems Theory, taking into consideration the pondering of the involved principles.

KEY WORDS: public order; systemic functionalism; theory of systems; pondering of principles.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definição do conceito de ordem pública. 3. Crítica aos usos e abusos do conceito de ordem pública. 4. Solução do problema: a virtude da ponderação. 5. Referências.

1. Introdução

O termo “ordem pública”, previsto no art. 312 do Decreto-Lei n. 3.689/41², como objeto de garantia através da decretação de prisão preventiva, nas hipóteses do artigo subsequente, observado o art. 282³ do mesmo diploma legal, com redação alterada pela Lei n. 12.403/2011, encontra certa oscilação de sua definição no meio acadêmico, mormente a contemporânea necessidade de respeito ao ordenamento constitucional, por parte da legislação inferior a este.

Nesse particular, cabe destacar o princípio do respeito ao estado de inocência do perseguido, o qual perdura até trânsito em julgado de sentença condenatória, nos termos do art. 5.º, inciso LVII, da Consti-

² Art. 312. 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, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria. (BRASIL, 1941).

³ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (BRASIL, 1941).

tuição da República⁴ e item 2, art. 8º do Decreto n. 678⁵ que promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual agora, em tese, goza de *status* constitucional, conforme art. 5.º, § 2.º, da Carta Maior⁶.

No presente trabalho, percorremos a obra atual de autores processualistas, no sentido de buscar um conceito crítico de ordem pública que atenda aos preceitos constitucionais e que possibilite a lícita decretação de prisão preventiva, objetivo principal da perquirição de tal conceito. Após isso, analisamos de forma crítica as possibilidades de sua aplicação prática e, em seguida, buscamos defini-lo conforme alguns estudos da sociologia contemporânea.

2. Definição do conceito de ordem pública

Inicialmente, cumpre destacar que a lei processual penal brasileira não apresenta qualquer significado para o termo. Por outro lado, na literatura constatamos que diversos autores formularam conceitos para a expressão em comento.

Assim encontramos, *v.g.*, em Tourinho Filho (1999), o conceito de ordem pública como a paz, a tranquilidade no meio social, conceito este também adotado por Távora (2009). Ambos os autores não explicam de forma suficiente tal conceito, limitando-se a dizer em quais casos, por exemplo, estaria tal ordem periclitada. É o que ocorre nos casos em que o agente estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em flagrante delito, estiver fazendo apologia ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando. (TOURINHO FILHO, 1999). Távora (2009) observa a necessidade de fixação de tal conceito a partir da periculosidade do agente, no risco de que, ele solto, continue delinquindo, o que não pode ser simplesmente deduzido de sua folha de antecedentes criminais.

⁴ Art. 5.º, inc. LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 8.º, item 2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (BRASIL, 1992).

⁶ CF, art. 5.º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

Na mesma esteira prossegue Mirabete (2000), que relaciona ordem pública às providências de segurança necessárias para evitar que o delinquente pratique novos crimes, por ser acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida; além disso, tal medida poderá acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. No dicionário de Silva (2002), encontramos “Ordem Pública” como sendo “a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protestos”.

Os cientistas políticos Bobbio, Mantteucci e Pasquino, 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 salvaguardar a ordem pública. (BOBBIO et al, 1998, p. 851).

Dessa forma, analisando a obra dos autores citados, parece que há um certo acordo, no qual é corrente o entendimento da noção de ordem pública como paz social, vulnerada pelo risco ponderável da repetição da ação delituosa, objeto de apuração via processo judicial, associada a um possível clamor público operado pela prática de crime relativamente grave.

3. Crítica aos usos e abusos do conceito de ordem pública

A garantia da ordem pública tem sido utilizada no Brasil para justificar a prisão nos mais diversificados casos, existindo correntes jurispruden-

ciais que a vinculam, por exemplo, ao perigo de reiteração criminosa⁷ à gravidade do crime cometido⁸ à credibilidade do Poder Judiciário⁹, à

⁷ PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 155, § 4.º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. EXCESSO DE PRAZO. FUNDAMENTAÇÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. I – “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.” (Enunciado n. 52 da Súmula do STJ); II – A decisão que motiva a medida constritiva para garantia da ordem pública, considerando a real possibilidade da prática de novos delitos, mostra-se devidamente fundamentada. (Precedentes); III – *Malgrado ações penais em andamento não possam fundamentar a exacerbação da pena-base, essas podem ser utilizadas para fundamentar a custódia cautelar; para prevenir a prática de novas infrações.* (Precedentes); IV – Condições pessoais favoráveis tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita não têm o condão de, *per se*, ensejarem a liberdade provisória ao recorrente, se há outros fundamentos nos autos que recomendam a manutenção de sua custódia cautelar. (Precedentes.) Recurso desprovido. (RHC 15.769/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2004, DJE 28/06/2004, p. 347).

⁸ *HABEAS CORPUS*. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. ORDEM DENEGADA. 1. O Paciente foi preso em flagrante delito, juntamente com outro, quando agiam, de forma associada, para a prática do crime de tráfico de drogas, ocasião em que foram apreendidos 21,33kg (vinte e um quilogramas e trinta e três centigramas) de ‘cocaína’. 2. A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento ‘[...] de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, guarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar’ (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, DJE de 28/08/2008.). 4. *Ademais, as instâncias ordinárias reconberam a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da quantidade da droga apreendida – mais de 21 kg de ‘cocaína’ – elemento que denota a gravidade concreta do delito e a periculosidade dos agentes.* 5. Ordem denegada. (HC 188.182/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJE 01/06/2011).

⁹ Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. *Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário.* (STF – HC 83.868/AM, Tribunal Pleno, Rel. para Acórdão: Ministra ELLEN GRACIE, DJE de 17/04/2009).

repercussão social (clamor público) provocada pelo delito¹⁰, e até mesmo à absurda hipótese da necessidade de salvaguardar a integridade física do réu, através de seu encarceramento¹¹, que deveria ser garantida pelo Estado independentemente de custódia cautelar.

Assim, poderíamos pensar que os doutrinadores e o Poder Judiciário, longe de estabelecerem um critério seguro para o referido conceito, fizessem exatamente o contrário, abrangendo naquele conceito as mais variadas situações, de forma abusiva, em virtude de uma suposta lassidão de sua previsão legal. Por exemplo, há severas críticas à necessidade de garantia da ordem pública como quando identificado perigo de reiteração criminosa, mesmo quando de forma efetiva se visualiza tal risco, conforme será demonstrado.

¹⁰ *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. PACIENTE, POLICIAL MILITAR, DENUNCIADO POR SUPOSTA INTEGRAÇÃO EM QUADRILHA DESTINADA À PRÁTICA DE GRAVES DELITOS, TAIS COMO TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS, ROUBOS E HOMICÍDIOS. PARTICIPAÇÃO APURADA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS DURANTE A FASE POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Julio Fabbrini Mirabete (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2001, página 690) ressalta que o conceito de ordem pública não deve se limitar a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. Alerta, contudo, que, embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional. 2. *A prisão preventiva deve, então, ser decretada, em regra, com arrimo na garantia da ordem pública, quando verificadas a periculosidade do agente, a gravidade do delito e sua repercussão no meio social, hipóteses presentes no caso em exame.* 3. Nos termos da denúncia ofertada, o paciente, policial militar, supostamente integrava associação criminosa voltada para a prática de graves delitos, tais como roubo, tráfico de drogas ilícitas e homicídios. 4. A forma de atuação do paciente, com permanência e estabilidade, está a demonstrar que não se tratava de uma participação isolada, mas sim de integrante de uma associação vinculada à organização criminosa, com o fim de prática criminosa. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada. (HC 117.017/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 03/08/2009).

¹¹ *HABEAS CORPUS* PÚBLICO. A PREVENTIVA DEVE SUBSISTIR, POSTO TER PROVOCADO O PACIENTE COM A AÇÃO INDIGITADA, CLAMOR PÚBLICO EVIDENCIADO PELOS ABAIXO-ASSINADOS. TENTATIVA DE AGRESSÃO CONTRA ELE RECLAMA, TAMBÉM, PARA SUA SEGURANÇA, A SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA. ORDEM CONHECIDA, MAS DENEGADA. (*Habeas Corpus* n. 699189429, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aido Faustino Bertocchi. Julgado em 22/04/1999).

Lopes Júnior (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) aduz 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 estaria, em situações como a presente, sendo corrompido pelos julgadores, insinuando-se verdadeira presunção de culpa em relação ao acusado.

Por outro lado, há também severas críticas à constitucionalidade da interpretação da garantia da ordem pública como sendo a necessidade de atuação estatal quando a prática de um delito gera clamor público, manifestado em determinada repercussão social negativa de proporções maiores que a reação normalmente causada por crimes da mesma natureza. Assim, Duclerc critica a decretação da prisão preventiva com base no argumento relativo à 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. (DUCLERC, 2008, p. 355).

Assim, o autor não vislumbra, a partir do clamor público, qualquer critério válido determinante para reconhecer a repercussão social de um crime.

Oliveira (2004) informa que a expressão “garantia da ordem pública” pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem, indicando que há ainda entendimentos no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações. Porém, o referido autor assevera:

Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se vê, a questão é bastante complexa. (OLIVEIRA, 2004, p. 521).

Dessa forma, em tese, poderíamos identificar inconstitucionalidade na decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública: (1) quando identificamos risco de repetição delituosa, porque tal identificação é faticamente impossível, revelando-se em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência; (2) quando sua necessidade nasce do clamor social exacerbado causado pelo crime; (3) quando for decretada levando-se em consideração unicamente a gravidade em abstrato do delito praticado pelo agente; e (4) quando tal decreto ocorre para proteção do agente. Assim indaga-se: é possível estabelecer um uso constitucional de tal conceito que respeite o estado de inocência e ainda assim proteja a sociedade?

4. Solução do problema: a virtude da ponderação

De acordo com Ávila (2005, p. 37), Dworkin preceitua que em caso de colisão entre regras, deve-se escolher somente uma delas a ser aplicada em determinada situação fática que ensejou o referido conflito, excluindo-se as demais, o que não ocorre no caso em análise. Já em relação aos princípios, estes comportam a aplicação simultânea de mais de um deles em situações concretas em que colidem, dando-se apenas maior relevância a um deles em relação ao outro. Tal procedimento de decisão se chama ponderação e somente é possível porque os princípios podem ser sopesados, são flexíveis, não são mandamentos herméticos, tais como as regras. A aplicação de quaisquer princípios deve, no caso concreto, se fazer através da ponderação com outros princípios, que representam outros valores, também referentes ao caso.

Segundo Oliveira (2004), sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado, quando em risco valores constitucionais igualmente relevantes. Quando for identificado que determinado agente expõe efetivamente a risco determinados valores presentes na Constituição, consubstanciados em bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, tais como a vida, a integridade física e a incolumidade pública, faz-se necessária a decretação de tal modalidade de prisão provisória. Nesses termos, Oliveira ensina que: “Não estamos nos referindo à segurança pública como *mera abstração*, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses *excepciona-líssimas*” (OLIVEIRA, 2004, p. 521).

Cabe ressaltar que aqui não ocorrerá o que Aury Lopes Jr., em manifesto exagero de linguagem que lhe é peculiar, denominou de “vidência por parte dos julgadores”, mas sim, numa análise atual, concreta, do risco que a liberdade do agente representa para a sociedade, e não do dano social que causaria se voltasse a delinquir. Não se trata de tentar prever o futuro, mas sim de, no presente, definir o quanto de perigo a liberdade de um indivíduo representa para a sociedade. Dano e perigo são conceitos distintos e que requerem diferentes meios de valoração, a qual pode ser lícita e constitucional. Na valoração do risco, processo eminentemente sociológico, no caso em questão, faz-se necessário um juízo de probabilidade, e não de certeza, em determinado momento, conforme será demonstrado.

Na contemporaneidade, os riscos deixam de ser apenas mais dados periféricos em qualquer análise socialmente relevante e passam a ser o centro das atenções (BOTTINI, 2007, p. 35), pois se converteram em uma das principais forças de mobilização política substituindo, muitas vezes, as referências às tensões oriundas das desigualdades de classes, raça ou gênero, por exemplo. (BECK, 2002, p. 7). O sociólogo alemão Ulrich Beck assim o conceitua:

Risco é o enfoque moderno de previsão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desejadas da modernização radicalizada. É uma intenção (institucionalizada) de colonizar o futuro, um mapa cognitivo. Toda

sociedade, portanto, tem experimentado perigos. Porém, o regime de risco é uma função de uma ordem nova: não é nacional, senão global. (BECK, 2002, p. 5, tradução nossa)¹².

Quanto maior o grau de complexidade da sociedade, maior a possibilidade de defraudação de expectativas normativas institucionalizadas (ou violação de bens jurídicos), e mais difícil é a resposta eficiente do sistema social a tais frustrações. Observa Luhmann que, “a partir de um ponto de vista secular, o cálculo do risco trata de um programa de minimização do arrependimento” (LUHMANN, 1996, p. 133, tradução nossa)¹³, arrependimento este relacionado à falta de precaução tomada no procedimento de gerência de riscos e de danos futuros.

Partindo do pressuposto de que os riscos são inerentes ao funcionamento do sistema social, e de que o elevado grau de materialização desses riscos, em relação à violação de expectativas normativas essenciais à convivência em sociedade, pode comprometer o funcionamento do sistema social, a temática relacionada à seleção, pelo sistema social, dos riscos toleráveis se torna também central. Acerca da questão, Luhmann demonstra que:

A pergunta relevante a este respeito ocupa-se de saber quem ou o que decide se (e em que horizontes objetivos e temporais) um risco tal há de ser considerado ou não. Às já conhecidas discussões sobre o cálculo, percepção, valoração, e aceitação do risco, soma-se agora a problemática sobre a seleção de riscos, problemática que não trata da causalidade, senão da possibilidade de que os fatores sociais possam dirigir o citado processo de seleção. (LUHMANN, 1996, p. 126, tradução nossa)¹⁴.

¹² “Riesgo es el enfoque moderno de previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global.”

¹³ “Desde un punto de vista secular, el cálculo del riesgo trata de un programa de minimización del arrepentimiento.”

¹⁴ “La pregunta relevante a este respecto se ocupa de saber quién o qué decide si (y en qué horizontes objetivos y temporales) un riesgo en tanto tal ha de ser considerado o no. A las ya conocidas discusiones sobre el cálculo, percepción, valoración, y aceptación del

Nesse contexto, observamos que o sistema social capta, nos processos comunicativos da sociedade, informações acerca dos riscos que esta tem como toleráveis ou não, institucionalizando tais informações como expectativas da criação de normas. Assim, podemos perceber que, para o sistema social, há riscos aceitáveis, geralmente relacionados à baixa lesividade das condutas que os representam, tais como os inerentes ao tráfego aéreo e terrestre, ou até mesmo os riscos de uma guerra, quando estiver voltada à necessidade de manutenção de certa comunidade. Podemos perceber também que, por outro lado, há riscos inaceitáveis, que são aqueles cujas condutas, as quais representam, atacam a vigência das mais basilares expectativas normativas, assim como os riscos relativos ao descontrole da produção de armamento nuclear ou à liberdade de terroristas condenados por diversos crimes de proporções catastróficas, que ainda não cumpriram suas penas.

Nessa ordem de ideias, vislumbramos também serem inaceitáveis os riscos referentes à liberdade daqueles que não apresentam predisposição individual à adequação com o modelo social no qual estão inseridos, referente ao respeito às expectativas normativas institucionalizadas (ou respeito aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal), observado, quando vislumbrado com certo grau de determinação, que tais indivíduos estão propensos para a prática de novos crimes. Acerca disso, informa Luhmann:

Esta tradição racionalista fundamenta a compreensão do problema em que os danos, na medida do possível, devem ser evitados. Isto limita de forma considerável possibilidades de ação, por isso se devem admitir e ‘arriscar’ ações, que podem desencadear, segundo o cálculo de probabilidade, danos evitáveis. Todavia, hoje os riscos devem ser avaliados em relação à magnitude e às probabilidades do dano. Em outras palavras, trata-se de uma extensão controlada da esfera da ação racional. (LUHMANN, 1996, p. 135, tradução nossa)¹⁵.

riesgo, se suma ahora la problemática sobre la selección de riesgos, problemática que no trata sobre la causalidad, sino sobre la posibilidad de que los factores sociales puedan dirigir el citado proceso de selección.”

¹⁵ “Esta tradición racionalista basa la comprensión del problema en que los daños se deben evitar en lo posible. Esto limita de forma considerable posibilidades de acción, por

Assim, podemos definir um esquema de observação da realidade no qual se pode, em princípio, calcular todas as decisões sob o ponto de vista da probabilidade ou risco de ocorrência de dano ao funcionamento do sistema social (ou lesão a bens jurídico-penais), que objetiva evitar ou minorar os referidos danos. Consoante tal modelo, podemos também diferenciar os riscos toleráveis, condizentes com determinado sistema social e coerentemente justificáveis, dos riscos intoleráveis, que representam maior custo do que benefício ao funcionamento do sistema social e à vida em sociedade.

Oliveira (2004) ilustra com precisão um caso em que há efetivo risco apresentado por um agente, inaceitável à sociedade e suficientemente apto a justificar a segregação provisória. Porque sua liberdade representaria maior risco de violação de direitos fundamentais (ou de turbção do funcionamento do sistema social), que sua prisão representaria à violação do princípio do respeito ao estado de inocência:

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, esteja a reclamar uma providência imediata do poder público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitas vezes, ou melhor, na maioria destes crimes, o seu autor *assume* a autoria do crime, e nem sempre em situação que se possa identificar, de pronto, o risco de tortura na obtenção da confissão. É claro que em tema tão complexo e explosivo todo cuidado é realmente pouco. Mas não é por isso que a autoridade judicial deve recusar, peremptoriamente, qualquer possibilidade de decretação de prisão para garantia de ordem pública. Fosse assim, mesmo após confessar a prática de vários homicídios, apontando, inclusive, onde estariam enterrados os corpos, não se poderia impor a prisão de um agora nacionalmente conhecido *motoboy*, à época residente na cidade de São Paulo, com endereço certo e no exercício de atividade lícita. (OLIVEIRA, 2004, p. 522).

ello hay que admitir y ‘arriesgar’ acciones, que pueden desencadenar, según el cálculo de probabilidad, daños evitables. Todavía hoy los riesgos se indagan a través de la magnitud y de las probabilidades del daño. Con otras palabras, se trata de una extensión controlada de la esfera de la acción racional.”

Sabemos que no marco do Estado Democrático de Direito não existem normas, princípios, valores ou direitos absolutos, o que permite a convergência excepcional de dois princípios em seu âmbito (respeito ao estado de inocência e proteção da ordem pública e dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Constitucional), proporcionalmente adequada a um tipo determinado de situação, a um tipo especial de necessidade de regulação social. Não acreditamos serem compatíveis com tal marco as doutrinas que se apóiam no argumento da existência de direitos e princípios absolutos, que não comportam flexibilização ou ponderação alguma, como se fossem dogmas, em franco descompasso com as necessidades sociais no ambiente em que estão inseridas, com o princípio da razoabilidade e com a hermenêutica contemporânea. Na obra de Luis Roberto Barroso, encontramos:

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos. (BARROSO, 2006, p. 376).

Assim, podemos concluir, após um exame de ponderação e razoabilidade entre estado de inocência e segurança pública - ambos valores de matiz constitucional - que há ordem pública, consubstanciada na paz social, na qual os direitos fundamentais da sociedade são resguardados, quando ocorre o correto funcionamento do sistema social. Ela é colocada em risco, e a prisão preventiva para sua garantia deve ocorrer, na hipótese de, com certo grau de certeza, se identificar que a prática de crimes relativamente graves, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, quando seja possível constatar uma situação de certa potencial intranquilidade coletiva no seio da comunidade, em relação ao crime perpetrado ou em relação à liberdade do agente. Nessa análise, a existência de

outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o réu, ou indiciado, pela prática de outros delitos poderá, junto com os demais elementos concretos, tais como o *modus operandi*, autorizar um juízo de necessidade da cautela provisória.

5. Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, L. R. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECK, U. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BOBBIO, N.; MANTTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998.

BOTTINI, P. C. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 3 fev. 2009.

_____. Decreto-Lei n. 3.689. Institui o Código de Processo Penal, de 3 de outubro 1941. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 3 jun. 2011.

_____. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 14 jun. 2011.

DUCLERC, E. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U. *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996.

LOPES JÚNIOR, A. C. L. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

OLIVEIRA, E. P. de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, De P. E. *Vocabulário Jurídico*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

Artigo recebido em: 14/06/2011.

Artigo aprovado em: 10/05/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150005