

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo acadêmico intenta compreender a prisão preventiva como um instituto jurídico de natureza cautelar ao delinear seus requisitos, fundamentos e pressupostos legais. Entretanto, com uma análise crítica, avaliará sobre a efetiva validade da decretação da prisão com base na garantia da ordem pública, cujo termo é muito amplo e, por vezes, dá margem a ser confundido com a repercussão midiática exercida sobre determinados casos concretos.

No tocante às prisões cautelares, é válido aduzir que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da presunção da inocência, previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso LVII.

Assim, destaca-se que a prisão preventiva, de natureza cautelar, é de extrema excepcionalidade porque se a prisão pena já é uma exceção à regra da liberdade de locomoção, qualquer prisão processual é ainda mais porque não goza de cognição exauriente. Portanto, para que seja decretada, o magistrado deve motivar sua decisão com base no rol taxativo de fundamentos e de hipóteses de cabimento, respectivamente, dos artigos 312 e 313 do CPP, onde um dos fundamentos é a garantia da ordem pública.

Todavia, essa pesquisa jurídica buscará solucionar a seguinte problemática: a decisão judicial que decreta a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública, é plausível quando foi o clamor público que invocou esse fundamento, com base em mera exposição midiática de fatos delituosos?

Dessa forma, para uma eficaz explanação da temática proposta, que é a influência midiática nas decisões de prisão preventiva, fundamentadas na garantia da ordem pública, foi feito um prévio encadeamento de conhecimentos para proporcionar um entendimento mais aprofundado e adequado sobre o tema.

Nesse íterim, os assuntos envolvidos nesse estudo são divididos em capítulos que retratarão de forma sistemática o desenvolvimento desse trabalho acadêmico.

Dito isso, o próximo capítulo tratará do instituto jurídico da prisão ao elucidar sobre o seu conceito através da apresentação de um breve histórico sobre essa sanção. Como também, serão retratados os atuais e legais tipos de prisões do ordenamento jurídico brasileiro e as formalidades que revestem uma prisão de legalidade.

No terceiro capítulo, a atenção dos estudos é centralizada na prisão cautelar em modalidade preventiva. Para tanto, serão apresentados: o conceito, a natureza jurídica, os requisitos, os fundamentos e os pressupostos legais necessários para decretação dessa modalidade de prisão cautelar.

Entretanto, subsequentemente, verificou-se que o legislador pecou ao não delimitar o alcance da aplicação da garantia da ordem pública. Essa omissão legal permitiu que a interpretação dada à “ordem pública” seja muito elástica e, que, por vezes, termos que lhe são associados afrontem princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico e que protegem direitos e garantias, p.ex., o direito à liberdade e a presunção da inocência.

Nesse sentido, no quarto capítulo a pesquisa é direcionada à definição da garantia da ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva, por meio da análise de correntes doutrinárias onde tais termos são comumente relacionados ao fundamento em tela, seja por doutrinadores ou por magistrados, na tentativa de definir esta garantia jurídica e de restringir quando tal pode ser conjurada.

No penúltimo capítulo, é discutido se a pressão exercida pela mídia em alguns casos concretos é passível para ser classificada como clamor público. E, sendo aceitável, se este de *per si* é imperativo para justificar a decretação da prisão processual em modalidade preventiva, considerando que o clamor público seria ávido para interferir no natural curso da ordem pública e, portanto, fundamentando-a nessa garantia.

No derradeiro capítulo, encontram-se as considerações finais da pesquisa, que exporão as conclusões alcançadas no estudo do tema que fora proposto.

A pesquisa realizada neste trabalho acadêmico foi desenvolvida com uma metodologia qualitativa e um método dedutivo, no intuito de examinar o referencial teórico e obter um estudo de natureza documental e bibliográfica. É pertinente dizer que o referencial bibliográfico foi composto dos entendimentos de renomados autores, nacionais e internacionais, além de leis e da jurisprudência dos tribunais.

2 O INSTITUTO JURÍDICO DA PRISÃO

2.1 Conceito e Breve Histórico

Etimologicamente, de acordo com o termo latino “*prehensione*”, a palavra prisão significa: “ato de prender”. No ordenamento jurídico brasileiro, numa percepção “*lato sensu*”, esse significado é mais abrangente, pois pode representar o recolhimento do indivíduo ao cárcere, como também o próprio lugar físico da custódia. Já em “*strictu sensu*” aponta para a pena privativa de liberdade e/ou a captura em razão de flagrante delito ou mandado judicial.

A prisão consiste em um instituto jurídico cuja finalidade precípua é a privação de liberdade de locomoção inerente ao homem, que embora seja um direito fundamental conferido ao mesmo, pode ser suprimido caso o indivíduo incorra na inobservância de preceitos legais.

Esse instituto jurídico é uma ferramenta utilizada pelo Estado-juiz para exercer o “*ius puniendi*”, ou seja, o direito de punir que nasce para o Estado quando uma infração legal é cometida, dando-lhe capacidade para perseguir o possível autor (“*ius persequendi*”) e, por fim, aplicar-lhe a sanção cabível (“*ius puniendi*”); pois, o Estado é o guardião e representante da coletividade.

Em tempos remotos, a prisão não possuía o escopo de punir o agente de uma infração, sua função era meramente assecuratória porque apenas buscava garantir a aplicação de sanções mais severas como, por exemplo, espancamentos, mutilações e até pena de morte, que, por sua vez, eram previstas em leis como o Código de Hamurabi e a Lei de Talião.

De tal forma, o encarceramento era visto somente como um meio necessário e oportuno para garantir que o indivíduo não se esquivasse da pena imputada. Contudo, o próprio cárcere adquiriu traços de suplício com o emprego de torturas físicas.

No tocante à essência cautelar dessa predecessora prisão, observam-se as semelhanças que a mesma possui com a atual prisão processual; porém, divergindo quanto à concepção de provisoriedade. Porquanto, na primitiva prisão a pena era rudimentarmente provisória, pois posteriormente era inevitável a sua substituição por penalidade mais gravosa; enquanto, a segunda é meramente acautelatória e não

necessita de uma sentença condenatória determinando prisão pena em ato contínuo.

Entretanto, em meados do séc. XVIII, com fulcro em ideais iluministas, surgiram pensadores que defenderam condições mais humanas para execução das penas, porque repudiavam a admissibilidade de penas desumanas aplicadas com fulcro numa legalidade absolutista, como o suplício e/ou a pena de morte.

Dentre eles, destaca-se Cesare Beccaria, com a obra “Dos Delitos e das Penas” (1764), autor consagrado como o precursor do princípio da legalidade em seara penal, no sentido de controlar os poderes incumbidos às autoridades, inclusive judiciárias, para que o próprio processo penal fosse um mecanismo de garantia. Como também, propôs que as penas fossem equitativas à gravidade do delito, porém rejeitando a pena de morte porque era vista por Beccaria como uma prática desumana.

A defesa da legalidade como um freio para os poderes judiciais é visto quando Beccaria (1997, p.104) diz que:

“[...] que os delitos mais cruéis ou mais obscuros e quiméricos, isto é, aqueles cuja improbabilidade for maior, sejam provados pelas conjecturas e pelas provas mais frágeis e equívocas. Como se o interesse das leis e dos juízes não fosse o de buscar a verdade, mas o de provar o delito”.

Como também é salientado pelo filósofo Michel Foucault (2002, p. 63):

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na Segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos chaires de doléances e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco.

Esse movimento filosófico jurídico despertou a sociedade para perceber a ineficiência da pena de morte como sanção porque tal medida não reprimia a violência e era prejudicial à economia, pois os custos empregados para a execução dessa pena eram altos e, ainda, resultava na diminuição da mão-de-obra disponível.

Deste modo, a custódia era valorizada no intuito de ser aderida pelo sistema criminal como a principal sanção por ser mais humana e viável economicamente.

Nesse enredo, segundo Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006), foi no séc. XIX, durante a Revolução Industrial, que máquinas substituíram a necessidade de um grande quantitativo de trabalhadores, que houve uma diminuição na demanda de mão-de-obra e um aumento no desemprego; razão pela qual, mais pessoas começaram a delinquir e, conseqüentemente, eram presas.

Em virtude dessa realidade social houve um crescimento da população carcerária, oportunidade em que o Estado transformou o trabalho penitenciário em tortura, pois os obrigavam à prestação de trabalhos forçados.

Então, a pena de prisão se tornou a principal forma de punição motivada por sua rentabilidade funcional e econômica. De acordo com Rusche (2004) é óbvio que o Estado aceitou a prisão como a principal sanção por uma estratégia puramente econômica, e não por almejar penalidades mais humanísticas.

No entanto, é com a queda do Estado Absolutista e o surgimento das instituições basilares do Estado de Direito, principalmente, a partir da Revolução Francesa, como também, posteriormente, com a Declaração dos Direitos Humanos, promulgada em 1789, que o antigo sistema prisional é esquecido e a pena de prisão é revestida de garantias e direitos que procuram assegurar a dignidade da pessoa humana. Dentre os exemplos, o cumprimento de uma pena proporcional ao delito cometido; assim como, imputar à prisão a função de ressocialização do preso na tentativa de não o estigmatizar, fato que impediria o seu retorno ao convívio social.

Neste diapasão, o Estado de Direito permanece habilitado ao exercício do “*ius puniendi*”; contudo, para evitar o retrocesso ao Estado Absolutista, deve observar e resguardar ao indivíduo o “*ius libertatis*” que é o direito à liberdade, que engloba as liberdades como de locomoção, de pensamento, de crença e entre outras.

Assim, em primeiro momento, o Estado de Direito deverá garantir o “*ius libertatis*” que é previsto legalmente; porém, quando houver uma ultrapassagem à limítrofe legal dada às liberdades, tal indivíduo incorrerá em infração legal; somente então, o Estado estará legitimado para aplicação de seu direito de punir o agente infrator (“*ius puniendi*”); assim, estabelecendo a dupla funcionalidade do Estado de Direito.

Atualmente, no Estado Democrático de Direito, a prisão é um aparato jurídico que vem se aperfeiçoando quanto aos requisitos formais para seu cabimento, caso contrário a prisão será considerada ilegal ou arbitrária.

2.2 Tipos de Prisões

No presente tópico, serão apresentados os tipos de prisões admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Prisão Civil

É uma medida coativa, pertencente ao processo de execução, que busca submeter o indivíduo ao cumprimento de um dever civil, que, segundo a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXVII, só era cabível em dois casos: para satisfazer obrigações alimentares e compelir à devolução da coisa que permanece com o depositário infiel.

Entretanto, quanto à última hipótese de cabimento, ou seja, concernente à prisão do depositário infiel, houve uma grande discussão sobre continuação de sua aplicabilidade em território brasileiro, pois esta espécie de prisão foi vedada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente conhecida como o Pacto São José da Costa Rica, apesar de continuar sendo admitida constitucionalmente. Desse modo, podemos visualizar o explícito conflito entre normas.

O Pacto São José da Costa Rica é um tratado internacional voltado para proteção dos direitos humanos, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27/1992 e promulgado pelo Decreto n. 678/1992.

Contudo, em 2004, a EC n. 45 acrescentou ao texto constitucional o § 3º, no art. 5º, que diz:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.(BRASIL, 1988).

Dessa forma, a Constituição previu a possibilidade de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos poderem ser equiparados à Emenda Constitucional, se observarem os requisitos acima descritos. Sendo que, ao integrarem o texto constitucional são capazes de revogar norma constitucional anterior conflitante; sem risco de sofrer reduções, porque as normas de direitos

humanos ao serem incorporadas no texto constitucional tornam-se direitos individuais, que, por sua vez, são considerados cláusulas pétreas, como versa o texto do art. 60, §4º, inciso IV da CF/1988.

Assim, surgiu a questão: o Pacto São José da Costa Rica, que fora promulgado em 1992, ou seja, antes da EC n. 45/2002, razão pela qual não passou pelo crivo dos requisitos contidos no art. 5º, §3º da CF/1988, seria capaz em vedar a prisão do depositário infiel, mesmo sem passar procedimento formal proposto na EC n. 45?

À vista disso, no RE 466.343, julgado no STF, o Ministro Celso de Mello, defendeu que os tratados internacionais que tratam de direitos humanos que foram celebrados e/ou aderidos pelo país entre a promulgação da CF/1988 e a vigência da EC n. 45/2002, serão considerados como normas materialmente constitucionais, porque foram inclusas no texto constitucional. Entretanto, nesse ínterim, prevaleceu no STF nos julgados do RE 466.343 e do HC 87.585/TO, que o Pacto São José da Costa Rica é norma de natureza supralegal, ou seja, aquela que é superior às leis infraconstitucionais, mas inferior às normas constitucionais.

Contudo, como diz Fernando Capez (2012, págs. 304 e 305):

De qualquer modo, independentemente do status que assumiriam os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro é possível concluir, segundo a decisão exarada no HC 87.585/TO, que o Pacto São José da Costa Rica, assinado pelo Brasil, torna inaplicável a legislação com ele conflitante, não havendo mais base legal para a prisão do depositário infiel, sendo admitida apenas na hipótese de dívida alimentar.

Então, para pacificar a matéria, o STF editou a Súmula Vinculante n. 25 dispondo que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Bem como, foi editada a Súmula 419 do STJ: “Descabe a prisão civil do depositário infiel”.

Desse modo, em resposta ao questionamento exordial, o tratado internacional conhecido como Pacto São José da Costa Rica, segundo o STF e STJ, possui capacidade de vedar a prisão de depositário infiel, pois o mesmo tem o escopo de invalidar qualquer legislação conflitante.

2.2.2 Prisão Administrativa

Era aquela prisão determinada por autoridade administrativa que visava coagir o indivíduo ao cumprimento de um dever oriundo do direito público.

No entanto, essa espécie de prisão não foi recepcionada pelo vigente texto constitucional. Isso porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXI prevê que a decisão que decreta prisão só pode ser fundamentada por autoridade judiciária.

Da mesma forma, é relevante mencionar que a Lei n. 12.403/2011 revogou o amparo legal da prisão administrativa contido na antiga redação do art. 319 do CPP, revogando os §§ 1º a 3º do art. 319 do CPP.

2.2.3 Prisão Disciplinar

É uma espécie de prisão que têm o escopo de punir transgressões ou crimes militares, prevista no art. 5º, inciso LXI, da CF/1988.

2.2.4 Prisão Pena

Também chamada de prisão penal ou “*carcer ad poenam*”, é uma espécie de prisão, regulamentada pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, cuja origem emana de sentença condenatória transitada em julgado, cujo objetivo é compelir o infrator ao cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe fora imputada.

Nesta modalidade de prisão, ocorreu o devido processo penal e o cuidado pela observância do princípio do contraditório e da ampla defesa; bem como o Estado satisfaz o direito abstrato de punir que possui, mas que apenas se materializa com prática da infração legal e se concretiza na execução da pena.

No Brasil, que é um país resguardado pelos ditames de um Estado Democrático de Direito, o Estado possui a função de assegurar o “*ius libertatis*” valendo-se de mecanismos como, p. ex., a obrigatória observância do princípio do devido processo legal, como também o princípio da presunção de inocência que pressupõe a não culpabilidade do agente e até a impetração do Habeas Corpus, se a prisão for considerada arbitrária ou ilegal.

Nesse diapasão, é notório que a prisão pena é visualizada como o encarceramento “padrão” para legislação criminal, porque para confeccionar uma sentença é mister uma prévia cognição exauriente que indique a culpabilidade do agente, por meio de um processo penal que respeitou as garantias individuais do acusado e que transitou em julgado.

No entanto, em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento, outrora pacífico, decidindo que a prisão de condenados pode ser provisoriamente executada após tal decisão ser mantida no juízo ad quem, ou seja, em segunda instância. Destarte, não é mais necessário o trânsito em julgado do processo penal para haver a prisão.

Desde 2009, do julgamento do HC 84.078/MG, a Suprema Corte mantinha o posicionamento de que o início da execução da pena dependia do trânsito em julgado da sentença condenatória, salvo em hipótese de prisão preventiva e temporária.

Todavia, em sentido contrário, a nova posição defendida pelo ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292, sustentou o argumento de que a ratificação da sentença condenatória em segunda instância exaure a presunção de não culpabilidade. Isto porque, os recursos cabíveis no STF e no STJ apenas discutem matéria de direito, ou seja, não analisam as provas que constatarem a culpabilidade do agente e por isso a formação da culpa já estaria configurada.

Outra justificativa é que essa medida evitará a morosidade da justiça e a sensação de impunidade na sociedade, como também impedirá que sentenças condenatórias de prisões sejam proteladas. Aliaram-se ao entendimento: os ministros: Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Em juízo oposto, votaram a ministra Rosa Weber e os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, que intercederam pela exigência do trânsito em julgado para o cumprimento da pena, bem como depreenderam pela concessão do habeas corpus em tela; contudo, foram vencidos pela maioria dos votos.

2.2.5 Prisão Cautelar ou Provisória

Também conhecida como prisão processual, prisão sem pena, prisão provisória ou “*carcer ad custodiam*”, é aquela espécie de custódia que tem a função de garantir o natural andamento da investigação policial e/ou processo criminal.

É regulamentada pelo Código de Processo Penal e pela Lei nº 7.960/89 (Lei da prisão temporária) e possui uma função cautelar, objetivando impedir obstruções na investigação criminal, no processo penal ou na futura execução da pena, ou seja, quer que o “*ius puniendi*” alcance seus fins.

Neste viés, a natureza acautelatória e instrumental dessa modalidade, demonstra que tal custódia não pode ser um cumprimento antecipado da pena, porque se fundamenta numa cognição sumária, ou seja, aquela que não possui capacidade substancial para revestir de culpabilidade um indivíduo e, assim, revelando-nos o caráter excepcional da prisão cautelar.

Ensejo em que, é relevante citar as mudanças legislativas provocadas no CPP pela Lei 12.403/2011, que alterou o texto do art. 282, §6º do CPP, onde agora está previsto que a prisão preventiva apenas será aplicada quando não for possível o uso de outras medidas cautelares, seja, separada ou cumulativamente.

Finalmente, é oportuno dizer que a corrente doutrinária predominante subdivide a prisão cautelar em três espécies: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

2.3 Formalidades da Prisão

Para que a constrição de liberdade não seja arbitrária ou ilegal, a prisão deve observar alguns requisitos formais prescritos no Código de Processo Penal, que visam proteger a liberdade do indivíduo; que apenas em situações excepcionais pode ser restrita preventivamente para assegurar a persecução criminal e a execução da pena.

Nesse enredo, é bom frisar que a garantia de liberdade é resguardada em normas constitucionais que exercem o controle de legalidade da prisão; como bem afirma Nucci (2014, p. 521).

É impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito. Estipula o art. 5º, LXV, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. No mesmo sentido, dispõe o art. 310, I, do CPP. Além disso, não se pode olvidar

que, mesmo a prisão decretada por magistrado, fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis, entre eles o habeas corpus: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, LXVII, CF).

A primeira formalidade é a exigência de um mandado escrito e fundamentado por autoridade judiciária competente; salvo no caso de flagrante delito, conforme o art. 5º, LXI, CF/1988.

O mandado judicial, obrigatoriamente, deve apontar o indivíduo a quem se dirige através da indicação do nome, alcunha ou características do mesmo; como também, o nome daquele que cuidará do cumprimento dessa ordem.

Deve também mencionar qual infração penal está motivando o mandado judicial.

A força policial pode ser utilizada em caso de resistência ou fuga, sendo imprescindível lavrar o auto de resistência posteriormente.

No tocante ao uso de algemas, o STF editou a Súmula Vinculante n. 11, que diz:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A prisão oriunda de mandado judicial pode ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora. Contudo, com fulcro no art. 5º, inciso XI, da CF/1988, onde prevê a inviolabilidade do domicílio, é vedado o ingresso numa casa sem a permissão de seu morador durante a noite, salvo em flagrante delito, desastre ou para prestar socorro; assim, é proibido o cumprimento de mandado de prisão durante à noite se o morador não autorizar o acesso ao interior da casa.

E, entende-se por “casa” o compartimento habitado, como também aquele destinado à ocupação temporária ou aquele sem abertura ao público, destinado ao exercício de profissão ou atividade, de acordo como art. 150, §4º do CP. Bem como, “dia” é o período compreendido entre a aurora e o pôr-do-sol.

Em seguida, existe a obrigatoriedade de outras formalidades previstas nos artigos 286, 287 e 288 do CPP, que são: a entrega da cópia do mandado ao preso, para que o mesmo tenha ciência da motivação da privação de sua liberdade, que deverá ser assinado pelo mesmo; assim como, informar os direitos do indivíduo, por exemplo, o direito de permanecer calado.

Em caso de negativa ou impossibilidade em assinar o recibo da cópia do mandado judicial, duas testemunhas do recebimento deverão prestar declarações para certificar o fato.

Importante é salientar que, a falta de exibição de mandado judicial para crimes inafiançáveis não desclassifica a prisão, basta direcionar o preso à presença do magistrado que determinou a prisão; contudo, o encarceramento só pode ser efetivado com a exibição do mandado. No entanto, com a possibilidade e pagamento de fiança, é necessária a confecção de uma declaração de fiança.

É oportuno dizer que, é vedada a prisão de eleitor quando se tratar de prisão preventiva ou a prisão temporária, ambas de natureza cautelar, no período compreendido entre os cinco dias anteriores até quarenta e oito horas antes da eleição; sendo que, nessa hipótese, conseqüentemente, somente é permitida a prisão em flagrante delito ou em razão de execução de prisão pena.

3 PRISÃO PREVENTIVA

Esse capítulo abordará a prisão preventiva, expondo-a como um tipo de prisão processual e provisória, vista como um aspecto instrumental durante uma investigação policial ou processo penal.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica da Prisão Preventiva

Prisão preventiva é uma prisão processual de cognição sumária, com característica instrumental, que é decretada por autoridade judiciária competente quando preenche as exigências legais, podendo ser decretada durante toda persecução penal, seja nas investigações policiais ou durante a ação penal, bem como não possui prazo pré-determinado para sua permanência.

A decretação da prisão preventiva pode ser pleiteada por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do assistente ou do querelante, tanto durante o inquérito policial quanto no andamento da instrução processual, conforme o art. 311 do CPP (com a redação determinada pela Lei n. 12.403/2011); sendo que, nesta última hipótese é permitida a decretação de ofício pelo magistrado.

No entanto, é imprescindível verificar a impossibilidade, a priori, da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, pois a prisão preventiva somente é decretada se tais medidas forem ineficazes, *in casu*, para proteger o bom andamento do “*ius persecuendi*”.

Quanto à sua natureza jurídica, segundo a Lei 12.403/2001, a prisão preventiva possui natureza cautelar que é pautada na provisoriedade, embora não tenha um prazo definido por lei para essa prisão.

Esta origem cautelar transfere para prisão preventiva a característica de não possuir o condão de antecipação de pena, mas simplesmente para ser um aparato eficaz em proteger o provimento jurisdicional, impedindo que empecilhos venham obstar o bom andamento da persecução criminal.

Nesse sentido, como nas demais medidas cautelares, a preventiva requer a configuração do “*periculum in mora*” e do “*fumus boni iuris*”, que em seara de processual penal são denominados: “*periculum libertatis*” e “*fumus comissi delecti*”, imprescindíveis para decretação da prisão preventiva.

O “*fumus comissi delecti*” se refere aos indícios de materialidade e da autoria do agente, ou seja, se refere à prova da existência do crime e o indício suficiente que aponta a autoria, como é previsto no art. 312 do CPP.

O “*periculum libertatis*”, também embutido no art. 312 do CPP, é aquele que apresenta os fundamentos que poderão corroborar a decretação de prisão preventiva, pois são situações fáticas que se pautam no risco causado pela liberdade do agente. Dessa forma, “*periculum libertatis*” é o perigo concreto provocado pela liberdade do agente, que visa comprometer a segurança da sociedade e a eficácia das investigações (policiais ou processuais) ou a futura execução da sentença condenatória.

Nesse viés, é incumbência do juiz verificar a existência de indícios que indiquem, concomitantemente, existência do delito e de sua autoria, que é o “*fumus comissi delecti*”. Ato contínuo caberá ao mesmo analisar se há “*periculum libertatis*”, ou seja, se a liberdade do agente está agredindo a efetividade da persecução policial e da instrução processual.

A existência simultânea do “*fumus comissi delecti*” e do “*periculum libertatis*” é vital para que não ocorra a ofensa ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da CF, pois é improvável a decretação de prisão preventiva se não há crime ou se a liberdade do infrator não acarrete em perigo concreto, salvo em flagrante delito.

3.2 Pressupostos e Fundamentos da Prisão Preventiva

São pressupostos necessários para decretação da prisão preventiva, como previstos no Art. 312 do CPP e como já mencionados no tópico anterior, a prova da existência do crime e indícios da autoria, que, por sua vez, compõem o “*fumus comissi delecti*”.

No tocante à materialidade do delito, é mister que a suposta conduta praticada pelo agente: seja típica, ilícita e culpável; apoiando-se em provas que ratificam a existência de um crime, ou seja, naquelas provas que são indispensáveis para corroborar que houve o cometimento do delito como, p.ex., laudos periciais e exame de corpo delito para os crimes não transeuntes.

Sobre esse assunto, Norberto Avena (2013, p. 934) defende que:

Com efeito, todo crime está sujeito a ter sua existência atestada nos autos. Porém, apenas se deve falar em materialidade quando se trata de infrações que deixam vestígios.

Uma tentativa branca de homicídio, por exemplo, não possui materialidade a ser comprovada, pois não deixa vestígios. Neste caso, o que deverá ser demonstrado para fins de custódia cautelar é a efetiva existência do delito e não sua materialidade.

No que tange à autoria, segundo o art. 312 do CPP, é indispensável indício suficiente; sendo que, para o STF, é compreendida como a mera indicação de autoria com fulcro em começo de prova ou em prova incompleta.

Sublinhando que, enquanto para indicar a autoria são suficientes apenas indícios que apontem o infrator; no que tange à materialidade, é obrigatória a apresentação de provas que comprovem que o crime existiu e não basta a mera probabilidade do cometimento do delito.

Os fundamentos da prisão preventiva são aquelas situações fáticas previstas em lei, em que está configurado o “*periculum libertatis*”, e que deverão justificar a decisão judicial que decreta prisão preventiva; pois, conforme o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais é cediço que a decisão que decreta, substitui ou denega prisão preventiva, obrigatoriamente, terá que ser motivada.

Desse modo, é louvável ratificar a importância da fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva; pois, segundo o professor Renato Brasileiro (2014, p. 922):

Antigamente, entendia-se que a fundamentação das decisões judiciais era apenas uma garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: através dela, proporcionava-se às partes o conhecimento necessário para que pudessem impugnar a decisão, permitindo, ademais, que os órgãos jurisdicionais de segundo grau examinassem a legalidade e a justiça da decisão. Destacava-se, assim, apenas a função endoprocessual da motivação.

Com o passar do tempo, a garantia da motivação das decisões passou a ser considerada também garantia da própria jurisdição. Afinal de contas, os destinatários da fundamentação não são mais apenas as partes e o juízo ad quem, como também toda a coletividade que, com a motivação, tem condições de aferir se o magistrado decidiu com imparcialidade a demanda. Muito além de uma garantia individual das partes a motivação das decisões judiciais funciona como exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional.

Nesse diapasão, com respeito à motivação jurisdicional na decretação de prisão preventiva, o magistrado poderá se valer dos fundamentos previstos no art. 312 do CPP, que são: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; sendo que basta a presença de um dos fundamentos para que seja possível a decretação da prisão preventiva, contudo, se, simultaneamente, coexistem a presença dos pressupostos já abordados.

O primeiro fundamento a ser citado é o da garantia da ordem pública.

No entanto, esse termo não é delineado pela legislação e por essa razão é uma expressão vaga e que provoca controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre seu significado. Com base nessa afirmativa, a garantia da ordem pública será estudada com afinco em um capítulo dedicado exclusivamente ao tema.

Quanto à garantia da ordem econômica, seu termo também não é definido legalmente; contudo, diferente da garantia da ordem pública, se destina aos crimes contra a ordem econômica, ou seja, visa impedir que o agente retorne à prática de crimes que ofendem a atividade econômica. Em palavras mais esclarecedoras, o autor Norberto Avena (2013, p. 937) aludiu que garantia da ordem econômica:

Trata-se de uma variável da garantia da ordem pública, apenas um pouco mais específica do que esta, sendo relacionada a uma determinada categoria de crimes, quais sejam, aqueles que, de acordo com o art. 36, I a IV, da Lei 12.529/2011, tenham por objetivo limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

A garantia da ordem econômica é um pressuposto incorporado à lei processual penal por meio do art. 86 da Lei 8.884/1994, conhecida como a Lei antitruste e continua na redação do art. 312 do CPP.

Cabe frisar que, o art. 30 da Lei n. 7.492/86 prevê que a prisão preventiva daquele acusado em cometer crime contra o sistema nacional econômico, poderá ser decretada com fulcro na magnitude da lesão causada sem prejuízo do art. 312 do CPP. Em contrapartida, o STF defende que só a magnitude da lesão causada não é passível de decretação de prisão preventiva, pois é preciso que a mesma esteja aliada a um dos fundamentos do art. 312 do CPP.

Já concernente ao fundamento da garantia da aplicação da lei penal, a prisão preventiva será decretada quando o infrator manifestar indícios que objetiva empreender fuga do distrito da culpa e visa impedir a futura execução.

Entretanto, essa fuga do agente não pode ser presumida só porque o mesmo é próspero financeiramente, caso contrário acarreta em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, diz Renato Brasileiro (2014, p. 902) que “o juiz só está autorizado a decretar prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem, de maneira insofismável, que o agente pretende se subtrair à ação de justiça”.

Também há um questionamento se a fuga empreendida pelo acusado, apenas com o fim de impedir o estado de flagrância ou por questionar a legalidade da ordem contida no mandado judicial, incorre em tentativa de frustrar aplicação da lei penal. Para responder essa questão há duas correntes: a que impera no Supremo Tribunal Federal e a defendida no Superior Tribunal de Justiça.

Segundo Avena (2013, p. 939):

Primeira: compreende que é sempre necessário averiguar o contexto fático-jurídico em que o agente se evadiu. No âmbito do Supremo Tribunal Federal já se decidiu que a mera evasão do distrito da culpa- seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar- não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da privação de liberdade individual do indiciado ou do réu. Em outra oportunidade, deliberou o Excelso Pretório que o fato de o envolvido em certo episódio deixar o distrito da culpa tem justificativa consentânea com o verdadeiro direito natural, o direito à autodefesa. Segunda: adotada por expressiva parcela da jurisprudência, sustenta que não se pode reconhecer legitimidade e, muito menos, conotação de direito natural de defesa ao indivíduo que cometeu um fato típico e põe-se em fuga para evitar as consequências imediatas que se seguem a esta prática. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, são reiteradas as decisões no sentido de que, com a fuga do distrito da culpa, transparece nítida a intenção do agente em que se furtar à aplicação da lei penal, justificando-se daí a sua segregação.

Em continuação com os fundamentos contidos no art. 312 do CPP, a prisão preventiva será motivada pelo fundamento da conveniência da instrução criminal, quando objetiva impedir que o infrator obstrua a produção de provas. Desse modo, a tutela visa proteger a produção probatória e a busca pela verdade.

Todavia, o termo “conveniência” é inadequado porque a prisão preventiva deve ser, *in casu*, o único e indispensável instrumento do Estado-juiz utilizado para que haja o bom andamento da instrução criminal; sendo assim, proibida a preventiva com base em simples conveniência.

É importante saber que, em virtude do princípio do “*nemo tenetur se detegere*”, o infrator não é obrigado produzir ou contribuir com provas contra si mesmo; assim, este não pode ser preso preventivamente porque não contribuiu com a apuração dos fatos. Contudo, esse princípio é inválido se houver a comprovação da intenção em prejudicar a busca pela verdade real quando o indiciado ou réu impede a produção de provas (ao destruir documentos, apagar vestígios do crime, ameaçar testemunhas e entre outros).

No entanto, a preventiva originada desse fundamento deverá cessar com o término da instrução criminal, ou seja, o encerramento da instrução criminal acarreta em automática revogação do recolhimento preventivo ao cárcere, conforme preconizado no art. 316, caput c/c art. 282, §5º do CPP.

Finalmente, é bom salientar que com as alterações legais provocadas pela Lei n. 12.403/2011 no corpo do texto do CPP, além da exigência da presença simultânea dos pressupostos e, no mínimo, de um dos fundamentos do art. 312, bem como o enquadramento em uma das hipóteses contidas no art. 313 do CPP; é imprescindível para que haja a decretação da preventiva que seja percebida a ineficiência na aplicação de medidas cautelares diversas de prisão, impostas separada ou conjuntamente.

3.3 Hipóteses de Cabimento da Prisão Preventiva

O art. 313 do CPP prevê as hipóteses em que a prisão preventiva poderá ser decretada.

A primeira hipótese prevê a possibilidade da segregação cautelar para os crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Então, o critério de admissibilidade usado é quantidade da pena fixada em lei; dessa forma, crimes com pena máxima inferior a quatro anos são excluídos dessa hipótese, não importando sua gravidade como, p.ex., crime de sequestro.

Nesse sentido, o magistrado precisará ser razoável, ponderando se ao fim do processo imputará ao acusado apenas privativa de liberdade; pois, existindo a

mera possibilidade da mesma ser convertida em pena restritiva de direitos, a prisão preventiva não será bem quista.

A segunda hipótese versa sobre o cabimento de prisão preventiva quando o acusado já foi condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, mas que não houve a prescrição de reincidência, como é disposto no art. 64, inciso I, do CP; podendo, assim, o atual crime doloso possuir pena máxima cominada igual ou inferior a quatro anos.

A terceira hipótese é destinada para os crimes de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Seu objetivo é tutelar aqueles considerados como vulneráveis; sendo que, apesar de não se referir a distinção entre crimes dolosos e culposos para incidência dessa hipótese, é cediço que a própria violência pressupõe conduta dolosa.

É propício sublinhar que, quanto à violência doméstica e familiar contra mulher, as mencionadas medidas protetivas de urgência também são aquelas previstas na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha); inclusive, podendo ser aplicadas em conjunto com as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. Bem como não é obrigatório que ao crime doloso seja cominada pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Por fim, a última hipótese diz que é cabível prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não oferece elementos suficientes para esclarecer a necessária identificação; contudo, aqui, também não importa qual a quantidade da pena cominada ou se o crime é doloso.

É a Lei n. 12.037/2009 que indica as situações em que, mesmo apresentando um documento de identificação, será permitida a identificação criminal que será usada como parâmetro para configurar essa hipótese.

No entanto, é aceitável o entendimento de que a prisão cautelar é a *última ratio*. Por essa razão é indispensável, primeiramente, que as diligências policiais em busca da identificação civil sejam frustradas para que haja a real necessidade da constrição de liberdade. No entanto, havendo prisão e o posterior alcance da identificação do acusado, o mesmo deverá ser posto em liberdade.

3.4 Momento e Duração da Prisão Preventiva

Quanto ao momento em que a prisão preventiva pode ser decretada, como outrora falado, será tanto nas investigações policiais quanto no curso no processo criminal, ou seja, enquanto houver persecução criminal.

A cautelar preventiva poderá ser decretada em virtude de representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente na investigação policial ou na instrução processual; contudo, nessa última, também cabe decretação ex officio pelo magistrado, enquanto na primeira não é possível.

Quanto à duração da prisão preventiva, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma indeterminação do prazo em que se perdurará a constrição cautelar da liberdade.

Entretanto, essa lacuna jurídica dá margem ao cometimento de abusos e ofensas ao princípio da presunção de inocência, bem como à duração razoável do processo, pois ataca a natureza provisória da prisão cautelar quando é utilizada como antecipada execução de pena. Como bem é aludido por Renato Brasileiro de Lima (2014, págs. 913 e 914):

Impera, no processo penal comum brasileiro, absoluta indeterminação acerca do prazo da duração da prisão preventiva, que passa a assumir contornos de verdadeira pena antecipada. Isso porque, ao contrário da prisão temporária, que possui prazo pré-fixado, o Código de Penal não prevê prazo determinado para a duração da prisão preventiva. Assim, a prisão preventiva, cuja natureza cautelar deveria revelar a característica da provisoriedade, acaba por assumir caráter de verdadeira prisão definitiva. [...] violando não só o princípio de presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo, previsto expressamente na Constituição Federal (art.5º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art.7º,§5º).

Para solucionar essa problemática, um entendimento havia sido consolidado na jurisprudência, que quando o acusado estivesse preso no processo penal, em primeira instância, o processo deveria ser concluído no prazo máximo de oitenta e um dias; sendo que, a ultrapassagem desse prazo criava o constrangimento ilegal da liberdade de locomoção e autorizando o relaxamento da prisão, conforme o art. 648, inciso II, do CPP.

Todavia, a contagem do prazo de 81 (oitenta e um) dias iniciava a partir da prisão do acusado até o fim da instrução criminal, de acordo com a Súmula n. 52 do STJ.

Entretanto, com edição da Lei nº 11.719/2008, que trouxe o novo procedimento como ordinário, esse prazo foi alterado para 95 (noventa e cinco) e 190 (cento e noventa) dias, também contados a partir da prisão do acusado até o fim da instrução criminal; do qual, noventa e cinco dias é o prazo mínimo e cento e noventa dias é para se houver peculiaridades que prologuem a instrução criminal.

No entanto, quando se tratar de constrição preventiva ou em razão de flagrante delito no andamento da investigação policial, conforme o art. 10 do CPP, o inquérito deveria terminar no prazo de dez dias, contando o prazo a partir do dia da execução da ordem de prisão. Porém, com a vigência da Lei nº 12.403/2011 se entendeu que referente ao preso em estado de flagrância, o prazo de dez dias para concluir o inquérito policial é contado da data que houver a conversão em prisão preventiva; pois, de acordo com o art. 238 do CPP, pois a prisão em flagrante não é eficaz para que o acusado permaneça preso durante a persecução penal.

Importante ressaltar que, o tempo em que o acusado permaneceu preso preventivamente pode ser usado em detração penal, para a subtração de dias em sua futura eventual pena.

3.5 Modalidades de Prisão Preventiva

A prisão preventiva surge de três situações distintas: aquela decretada autonomamente; a decorrente de conversão do flagrante ou a subsidiária das medidas cautelares.

A prisão preventiva autônoma é aquela decretada pelo juiz no curso das investigações policiais ou da instrução criminal e que não dispensa a presença simultânea dos pressupostos art. 312 do CPP, bem como as hipóteses do art. 313do CPP.

A prisão preventiva decorrente da conversão do flagrante, prevista no art. 310, inciso II do CPP, é aquela que teve a prisão em flagrante convolada em prisão preventiva, mas que permanece exigindo dois requisitos: uma das situações de urgência, ou seja, do “*periculum libertatis*” do art. 312 do CPP e que outra medida cautelar não seja suficiente em substituir à prisão.

A prisão preventiva subsidiária é a decretada em virtude do descumprimento de qualquer medida cautelar do art. 319 do CPP. Contudo, ainda necessitando que outra medida cautelar mais gravosa ou que duas ou mais medidas cautelares, aplicadas conjuntamente, sejam insuficientes para assegurar o “*ius persenquendi*”; como também que os requisitos do art. 321 do CPP estejam presentes.

É oportuno frisar que, o art. 318 do CPP (com a redação determinada pela Lei n.13.257/2016) prevê seis situações em que o magistrado pode substituir a prisão preventiva em prisão domiciliar que é: quando o agente é maior de oitenta anos; quando está extremamente debilitado por doença grave; quando é indispensável aos cuidados de pessoa menor de seis anos ou com deficiência (independente de ser ou não seu filho); gestante; mulher com filho de até doze anos de idade incompletos; homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos.

Este tipo de prisão, em modalidade preventiva, é passível de detração penal porque não é medida cautelar diversa de prisão, ao contrário, é uma prisão cautelar aplicada no seio de uma residência em virtude da situação fática em que se encontra o acusado, pois a aplicação da prisão preventiva em condições diversas, poderia acarretar em ofensa ao princípio da dignidade humana.

3.6 Revogação da Prisão Preventiva

De acordo com o art. 316 do CPP, a prisão preventiva somente subsistirá quando os pressupostos e fundamentos do art. 312 do CPP persistirem no caso concreto, bem como é obrigatória sua revogação na falta dos mesmos. Lembrando que, assim como a decisão que decretou a prisão preventiva, aquela que a revoga também deverá ser motivada.

Contudo, segundo o art. 316 do CPP, a revogação não inviabiliza uma nova decretação da prisão de preventiva porque sobrevivendo novas situações que a justifique, o magistrado estará legitimado a decretá-la novamente.

A competência para revogar é do órgão jurisdicional que decretou a prisão cautelar; pois, ainda que em sede recursal, quando um pedido de habeas corpus é analisado pelo Tribunal de Justiça, caberá ao magistrado de primeiro grau decidir o pedido de revogação da prisão preventiva.

Todavia, se o habeas corpus é pertinente e o juiz de primeira instância denega a revogação da preventiva, aí sim o Tribunal de Justiça será legítimo para decidir, porque, nesse caso, o juiz a quo é a autoridade coatora para fins de habeas corpus.

4 DEFINIÇÃO DE ORDEM PÚBLICA PARA PRISÃO PREVENTIVA

4.1 Considerações Gerais

O Estado, como guardião e representante da coletividade, possui a responsabilidade de reprimir situações que a coloquem em estado de risco, ou seja, cabe ao mesmo manter ou garantir a tranquilidade e a sensação de paz social, contudo respeitando os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Nesse viés, o Estado-juiz está legitimado a decretar prisão preventiva, na finalidade de garantir a ordem pública, quando a permanência em liberdade do agente ofereça perigo concreto ao bem-estar social. Dessa forma, o fundamento usado seria o da garantia da ordem pública, previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, não existe um consenso doutrinário e/ou jurisprudencial quanto ao conceito de ordem pública, razão que se faz oportuno expor os posicionamentos existentes na doutrina e jurisprudência, que tratam da aplicabilidade desse fundamento para decretação de prisão preventiva.

Desse modo, o presente capítulo se debruçará sobre a garantia da ordem pública, discutindo sobre os termos que comumente lhe são associados e usados para fomentar tal fundamento. Essa abordagem será realizada em formato de correntes doutrinárias, avaliando a opinião de cada uma delas sobre os termos associados à ordem pública pela jurisprudência.

No entanto, antes da explanação desses determinados elementos, serão expostos os posicionamentos das correntes doutrinárias para que sejam visualizados os argumentos que apoiam ou rejeitam a aplicabilidade da garantia da ordem pública como o fundamento da prisão provisória em modalidade preventiva.

A primeira corrente apresentada é a minoritária, defendida por Odone Saguiné e Tourinho Filho, que rejeita a aceitação da garantia da ordem pública para embasar uma preventiva. Essa posição é mantida porque a corrente considera tal decretação como uma antecipação de pena, pois desfigura o objetivo dessa prisão processual, que têm o intuito de resguardar a execução do processo.

No entanto, essa repulsa da corrente aumenta quando o fundamento é aplicado para impedir a prática reiterada de crimes pelo mesmo acusado; pois, afirmam que a natureza cautelar da prisão preventiva é incompatível com funções diligenciais. Isso ocorre porque sua função é proteger o andamento das

investigações policiais ou processuais, onde apenas cabe à segurança pública impedir novos crimes.

Nas palavras do doutrinador Tourinho Filho (2003, p. 510):

Quando se decreta a prisão preventiva como “garantia da ordem pública”, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem pública” diz tudo e não diz nada.

Em contrapartida, a corrente majoritária entende que é cabível a decretação da preventiva com fulcro na garantia da ordem pública, quando o agente apresentar sinais concretos de que reiniciará a prática reiterada de infrações. Assim, essa posição se pautará na periculosidade do agente e não em culpabilidade

Esta corrente é apoiada pela maioria dos doutrinadores, dentre eles: os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, como também o mestre Renato Brasileiro.

Por ser respaldada na periculosidade, a corrente argumenta que a natureza cautelar da prisão preventiva não é atacada porque a cognição continua sendo sumária e insuficiente para apontar um culpado, mas somente acusados e indiciados.

É bom dizer que, a viabilidade do acusado praticar novos e reiterados crimes não pode se fundar em mera cogitação porque é obrigatório que o risco seja real e concreto, ou seja, comprovado por via probatória; pois só dessa forma a periculosidade poderá impulsionar a indispensabilidade da prisão como medida cautelar.

Como bem alega Renato Brasileiro (2014, p. 897),

[...] a prisão preventiva poderá ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública sempre que dados concretos – não se pode presumir periculosidade do agente a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta – demonstrarem que, se o agente permanecer solto, voltará a delinquir.

E como é aludido pelos autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 581):

[...] A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por último, a terceira corrente que, amplia a abrangência da garantia da ordem pública, defendendo que pode motivar prisão preventiva quando for necessário para preservar a credibilidade da justiça em crimes graves que provocam clamor público e em que há periculosidade do agente; assim como, continuará a servir como fundamento para preventiva ainda que esses elementos não estejam simultaneamente presentes. Esse entendimento é adotado pelos juristas: Fernando Capez e Guilherme de Souza Nucci.

Como Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 553) afirma:

A garantia da ordem pública é a hipótese mais ampla e flexível, na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. [...]
A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente.

Em suma, na abordagem das correntes, observa-se os extremos nos posicionamentos: a corrente minoritária que repudia a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva; a corrente majoritária que tem um posicionamento intermediário porque aceita a garantia da ordem pública, porém somente quando for pautada na empírica periculosidade que pode representar a liberdade do acusado para o meio social; e a última corrente que é a mais abrangente, pois considera a garantia da ordem pública cabível quando no caso concreto, a periculosidade, o clamor público e a credibilidade da justiça são considerados em conjunto para fins de decretação da prisão preventiva.

Nos subtítulos subsequentes, essas correntes doutrinárias serão abordadas, focando em como se posicionam a respeito dos elementos que são associados ao fundamento em tela e que comumente justificam a garantia da ordem pública para fins de decretação da prisão preventiva.

4.2 Ordem Pública e Gravidade do Delito

Esse tópico se prestará à análise da garantia da ordem pública, quando se pauta na gravidade do crime praticado pelo acusado, para cercear preventivamente a liberdade de locomoção do indiciado.

O primeiro entendimento apontado é o minoritário, que considera a gravidade do delito incapaz para embasar a garantia da ordem pública para fins de encarceramento cautelar, lembrando que é uma linha de pensamento adotada pelo jurista Tourinho Filho.

Essa corrente alega que é inviável considerar a gravidade do delito porque a mesma já é exigida na preventiva, quando uma de suas hipóteses de admissibilidade é que os crimes tenham pena máxima cominada em acima de quatro anos, como também porque existem crimes em que gravidade é resultado naturalístico do próprio tipo penal. Diferentemente da imposição das medidas cautelares diversas da prisão, pois será decretada uma medida mais gravosa ao passo que o crime for mais grave.

Adendo que, seus adeptos defendem que a privação provisória da liberdade do acusado fundada na garantia da ordem pública, que considerou a gravidade do delito, não é de natureza cautelar, cuja única função é a de assegurar os fins da persecução criminal.

Em seguida, a corrente majoritária defende que a gravidade do delito, por si só, não é salutar para decretar o encarceramento provisório do agente, pois é necessário que o magistrado verifique se a gravidade do crime agrega mais periculosidade tangível ao acusado, se o mesmo permanecer solto. Como bem é dito pelos autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 582) quando dizem que “[...] a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional”.

Por último, a corrente ampliativa acredita que, a gravidade do delito pode ser usada para justificar o fundamento da ordem pública, estando ou não configurada no trinômio: gravidade do delito + repercussão social + periculosidade do agente. Conforme é exposto por Nucci (2014, p. 554):

Em suma, um delito grave – normalmente são todos os que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa – associado à repercussão causada na sociedade, gerando intranquilidade, além de

se estar diante de pessoa reincidente ou com péssimos antecedentes, provoca um quadro legitimador da prisão preventiva. Mas não se pode pensar nessa medida exclusivamente com a união necessária do trinômio aventado. Por vezes, pessoa primária, sem qualquer antecedente, pode ter sua preventiva decretada porque cometeu delito muito grave, chocando a opinião pública.

Em síntese, percebe-se que as correntes minoritária e majoritária, com argumentos diferentes, concordam que a gravidade do delito não é completamente válida para embasar a garantia da ordem pública; contudo, divergem quando a minoritária rejeita por completo essa alternativa e a corrente majoritária mostra-se tolerante a tal possibilidade se for observado que a gravidade do crime aumentou a periculosidade do agente.

Em contrapartida, a terceira corrente acredita na aplicabilidade do termo em tela para fomentar a garantia da ordem pública, esteja somado à periculosidade do agente ou não.

4.3 Ordem Pública e Periculosidade do Agente

Esse subtítulo cuidará de examinar as posições das correntes doutrinárias sobre o cerceamento preventivo da liberdade, que utiliza a periculosidade do agente para motivar a garantia da ordem pública.

Os adeptos da corrente minoritária alegam que, a periculosidade do agente não justifica a prisão cautelar fundada na garantia da ordem pública, pois a periculosidade do infrator deve ser reprimida pela segurança pública e não com o cárcere preventivo do agente, que desvirtua o interesse acautelatório da prisão preventiva. A título exemplificativo aderem ao pensamento Antônio Magalhães Gomes Filho e Geraldo Prado.

Desse modo, se não houver interferências no andamento da produção de provas durante toda a persecução criminal não será admissível preventiva, independentemente da presença ou não da periculosidade do agente.

Em entendimento contrário, a corrente majoritária, adotada por Távora, apoia veementemente a prisão preventiva do agente em virtude da periculosidade concreta originada pela liberdade do agente, que resulta na intranquilidade social. Como é preconizada por Renato Brasileiro (2014, p. 897), a corrente majoritária “[...]”

sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente”.

A terceira corrente aceita a periculosidade do agente como indicativo de ofensa à garantia da ordem pública para efeitos de decretação de preventiva; em virtude disso, esse tópico é revestido de contundência argumentativa para configurar o fundamento da garantia da ordem pública, pois, dentre os demais elementos associados ao fundamento, é o que comumente mais alcança o êxito da decretação do encarceramento provisório.

Esse pensamento é confirmado por Nucci (2014, págs. 544 e 555):

[...] cabe ao juiz verificar todos os pontos de afetação da ordem pública, buscando encontrar, pelo menos, um binômio para a sua decretação (ex.: gravidade concreta do crime + péssimos antecedentes do réu; envolvimento com organização criminosa+ repercussão social [...])

No texto citado, é perceptível que a periculosidade é aquela que se alia ao outro elemento, porque os péssimos antecedentes do réu e o envolvimento com organização criminosa representam o elemento periculosidade.

4.4 Ordem Pública e Credibilidade da Justiça

Aqui, serão explanados os entendimentos doutrinários sobre a prisão cautelar preventiva, que em virtude da garantia da ordem pública restringem a liberdade do indivíduo em defesa da credibilidade da justiça.

Para a posição minoritária, adotada por Tourinho Filho, a proteção da credibilidade da justiça é insuficiente para fomentar a garantia da ordem pública, pois o ponto defendido é que ordem pública é sinônima de ajustado e natural andamento das investigações policiais e do processo. Portanto, tudo aquilo que fugir desse diapasão não é elemento caracterizador do fundamento da garantia da ordem pública.

A corrente majoritária alega que, a credibilidade da justiça não é motivo cabal para preventiva, pois não é salutar que a mesma seja questionada porque o magistrado não prendeu provisoriamente o acusado como almejava a mídia. Como é dito por Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013, p. 582), “nem se diga que a liberdade do infrator durante a persecução poderia afetar a imagem da Justiça”.

Em contrapartida, a terceira corrente entende que, o trinômio, outrora mencionado, existe no intuito de impedir que a repercussão do crime gravoso comprometa a credibilidade da justiça em virtude do sentimento de impunidade, quando o juiz não decidir pela decretação da preventiva.

Esse posicionamento é defendido no HC 89.090/GO, pelo Ministro Gilmar Mendes, relator, conforme é abordado por Renato Brasileiro (2014, p. 900):

[...] em julgados recentes, o Ministro Gilmar Mendes tem destacado as seguintes circunstâncias principais quanto ao requisito da garantia da ordem pública: 1) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; 2) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente do decreto de custódia cautelar; 3) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar.

Entenda-se que, apenas a terceira corrente, com seu caráter ampliativo, é que aceita a credibilidade da justiça como fonte da garantia da ordem pública para decretar preventiva; contudo, até essa corrente não a considera isoladamente, mas como um resultado de outros elementos somados, p.ex., a gravidade do delito somado à periculosidade do agente e a repercussão social, ensejaria a decretação da prisão preventiva, com o intuito de preservar a imagem da justiça.

4.5 Ordem Pública e Clamor Público

Definitivamente, para a corrente minoritária, pensamento incorporado por Odone Saguiné, clamor público não é sinônimo de garantia da ordem pública; pois, caberá diretamente ao Estado a prestação jurisdicional, que, por si só, preza pela imparcialidade do magistrado na apuração dos fatos. Neste viés, aceitar o clamor público como fomento para garantia da ordem pública não só descaracteriza a função acautelatória da prisão preventiva, bem como violar o princípio da imparcialidade do magistrado.

Para a corrente majoritária, o clamor público não é contundente para viabilizar uma decisão que decreta prisão preventiva; pois, ainda que somado ao elemento da periculosidade do agente, deverá ser entendido como uma sensação de pavor provocado pela permanência em liberdade do infrator para que este não volte a delinquir reiteradamente. Nesse raciocínio, é absolutamente infundado caracterizar clamor público como veiculações midiáticas que insistem pelo encarceramento.

Em suma, nas palavras de Távora e Rodrigues (2013, p. 582), “o sentimento popular não pode pautar a atuação judicial com repercussão tão gravosa na vida do agente”.

Na última e ampliativa corrente, o conceito de clamor público é muito abrangente porque não só a comoção social, como também as eventuais repercussões sociais de crimes gravosos em veículos de comunicação são consideradas como clamor público. Isso ocorre porque o sentimento de impunidade provocado na sociedade é capaz de motivar uma decisão para decretação de prisão preventiva, fundamentando-a na garantia da ordem pública.

No entanto, essa repercussão social deve somar-se aos outros elementos porque, por si só, não é uma justificativa forte para desencadear numa prisão preventiva. Porém, em conjunto com a periculosidade do agente e/ou gravidade do delito pode gerar na coletividade um descrédito sobre o provimento jurisdicional; assim, a impetração de uma preventiva seria eficaz para resguardar a aparente efetividade jurisdicional do Estado. Apoia-se nessa linha de raciocínio, o doutrinador Fernando Capez.

Nesse enredo, por fim, após constatar-se a verídica divergência doutrinária instaurada, cabe salientar que as correntes doutrinárias concordam que: o agente que goza de condições pessoais favoráveis, p. ex., residência fixa, primariedade, profissão definida e entre outros; não é isento de uma possível prisão preventiva; pois basta incorrer nos simultâneos pressupostos e em um dos fundamentos do Art. 312 do CPP para a preventiva ser legítima.

5 INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA PRISÃO PREVENTIVA

5.1 Considerações Iniciais

Inicialmente, é sabido que, em virtude do princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso IX da CF, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada. No entanto, a decisão judicial que defere a decretação da prisão preventiva, será motivada pelo rol taxativo dos fundamentos contidos no art. 312 do CPP; assim como é indispensável à presença concomitante dos pressupostos também previstos no mesmo artigo e o enquadramento em uma das hipóteses de admissibilidade do art. 313 do mesmo código.

É sabido que um dos fundamentos permitidos para fins de deferimento de segregação cautelar preventiva, quando da motivação dessa decisão judicial, é a garantia da ordem pública, que visa resguardar o bem-estar social.

Entretanto, como já foi dito anteriormente, o legislador não teve êxito em definir ordem pública, o que provocou embate doutrinário sobre quais elementos originados com a prática de um crime são realmente capazes em ferir a ordem pública.

Nesse viés, foram apresentados os elementos que geralmente são revestidos de capacidade em fomentar a garantia da ordem pública, dentre eles: o clamor público.

Diante das distintas correntes doutrinárias, o clamor social é debatido na finalidade de averiguar se o mesmo é contundente para caracterizar ofensa à ordem pública e, conseqüentemente, a pungência de seu fundamento. É válido dizer que, clamor público é um estado abstrato em que pode se encontrar uma sociedade, quando a mesma está aterrorizada pela periculosidade concreta que representa a permanente liberdade de um infrator.

Nesse raciocínio, é a periculosidade do agente que goza de aptidão para caracterizar garantia da ordem pública, ao passo que opinião pública é só o resultado naturalístico em que a coletividade solicita o provimento jurisdicional do Estado; ou no máximo, ambos são elementos simultâneos que originam essa garantia, hipótese em que o clamor não pode ser considerado sozinho.

Todavia, diferente do exposto, comumente o clamor público vem sendo confundido com a repercussão social que alguns crimes graves alcançam em veículos de comunicação.

Assim, o presente capítulo cuidará de observar sobre como se portam os veículos midiáticos perante da prática de um crime, bem como suas reiteradas investidas são capazes em produzir efeitos na seara das investigações policiais ou no curso da instrução criminal.

É admitido como clamor público o estado de pavor que impera numa comunidade, ocasionado pelo temor da permanência em liberdade de um suposto acusado perigoso e que cometeu um crime grave.

Para exemplificar de forma simples, estaria caracterizada como clamor público a apreensão geral de uma comunidade aterrorizada pela liberdade de um suposto serial killer; embora, não é obrigatório que essa apreensão seja veiculada em redes de comunicação, pois a divulgação apenas iria ampliar o alcance da notícia.

No entanto, equivocadamente, o clamor social está sendo apontado como uma mera repercussão social midiática de crimes que são classificados como graves, seja em virtude da pena cominada ao delito ou quanto à sua execução.

Nesse viés, ratifica-se que clamor público é só uma consequência provocada pela efetiva periculosidade do agente e a gravidade do delito. Portanto, o clamor social não é o fator determinante que enseja a garantia da ordem pública, mas é apenas um resultado do conjunto de outros elementos; tornando descartável a alternativa de considera-lo isoladamente para fins de segregação cautelar.

Nas palavras de Eugênio Pacelli (2011, p. 553),

[...] o clamor público não seria suficiente para a decretação da prisão cautelar, mas apenas um referencial a mais para o seu exame, observa-se que, parar a sua efetiva aferição, o julgador deverá levar em consideração os deletérios efeitos da manipulação da opinião pública, normalmente frequente em tais situações, quando o assunto diz respeito aos males (que não muitos) da criminalidade, cujas razões nunca são tratadas seriamente em tais “reportagens”.

Como fora mencionado na citação anterior, é inadequado pautar a decisão que autoriza uma segregação preventiva de um indiciado utilizando-se de um clamor social amparado numa manipulação midiática de um fato delituoso.

5.2 Mídia e a Manipulação da Opinião Pública

Diante da prática de um crime a mídia se comporta de forma agressiva aos direitos e garantias do suposto acusado, com uma divulgação persistente de mazelas criminais que objetiva incitar a sensação de impunidade entre os cidadãos, gerando uma comoção social em que o alcance da justiça, para a coletividade, se personifica no encarceramento do acusado. Desse modo, conclui-se que a exposição do fato criminoso pelos meios de comunicação, diversas vezes, não tem apenas o ingênuo cunho informativo.

O sensacionalismo midiático, além de não se preocupar com uma veiculação consciente de fatos criminosos, é invasivo e não goza de técnica jurídica para fazer um fiel relato dos crimes e que aborde uma realidade jurisdicional.

Como diz Luís Flávio Gomes (2008, p.84-86):

A mídia dramatiza as informações relacionadas com a violência, apresenta a criminalidade por meio de estereótipos, condena (com suas publicidades) pessoas que ainda são presumidas inocentes, difunde o discurso de endurecimento das penas, amplia o alarme social gerado pela violência, espalha o medo, tenta influenciar (não raramente) no resultado dos julgamentos jurídicos e é seletiva (evita, muitas vezes, noticiar nomes de pessoas ou empresas que possam lhe trazer prejuízo). Como se vê, a mídia não é isenta (não faz discurso neutro).

Numa cobertura jornalística exaustiva sobre um crime, a mídia não se preocupa com bom senso atinente a exposição dos fatos porque seu objetivo é influenciar a sociedade, para isso se valem do sensacionalismo e não se importa em atacar os direitos e garantias individuais do indiciado com a divulgação de informações que comumente provoca uma sensação de insegurança social.

A divulgação irresponsável do crime pela mídia provoca uma condenação social do acusado, porque os relatos informativos o julgam como irrefutável culpado, exigindo uma imediata prisão cautelar do suspeito pelo Judiciário com base em meras conjecturas.

O desconforto embutido entre os cidadãos pela mídia, através desse sentimento de insegurança social, cria uma ideia de impunidade e defende que para existir confiança e/ou credibilidade das instituições jurídicas o acusado deve ser

preso. E, desse modo, incute e divulga na sociedade que sua verdade é o clamor público.

Nas palavras do professor Renato Brasileiro (2014, p. 847):

Sob os holofotes da mídia, é colocada em segundo plano a finalidade de toda e qualquer prisão cautelar, qual seja, a de assegurar a eficácia da persecução penal. Passam as prisões cautelares, outrossim, a desempenhar um efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea, exercendo uma função absolutamente incoerente e proscriita para um instrumento legitimado por sua feição cautelar.

Assim, apesar de cediço que a prisão preventiva só é cabível em situações excepcionais, as reportagens sensacionalistas contrariam o objetivo legal da prisão cautelar, ao exigirem como provimento jurisdicional a prisão preventiva, cuja finalidade é processual e não de proteção social.

Destarte, com a segregação cautelar, assim como qualquer tipo de prisão, a prisão processual também deve prezar pela ressocialização do acusado. No entanto, a mídia além de não se importar em respeitar o princípio da presunção de inocência do suspeito, provoca um estigma no acusado e ao incitar à coletividade a descriminá-lo, mesmo sem ter sido condenado na justiça pela prática do crime.

Como pontua Bayer (2013):

[...] A mídia expõe, de forma indevida, a imagem dos acusados, criando um grande espetáculo em torno do fato ocorrido, gerando assim, uma reprovação social. Desta forma, os acusados são rotulados, estigmatizados pela sociedade. Essas notícias também são chamadas de violência simbólica.

É salutar defender que, independente de ser acusado da autoria de um crime, o indivíduo não perde seus direitos personalíssimos porque permanecem resguardados pela Carta Magna brasileira, p.ex., o direito à imagem e o direito à honra.

Uma vez que a reiterada e exaustiva exploração do crime pela mídia afligem os cidadãos e influencia a opinião pública quanto à culpabilidade do suspeito, ao rotular esse indivíduo e fazer com que ele seja hostilizado na sociedade.

E, ainda que posteriormente seja comprovada a inocência do acusado durante as investigações, esse indivíduo será perseguido socialmente por uma

desconfiança quanto ao seu caráter porque esteve atrelado às investigações de um crime, quando sua imagem e a sua honra outrora foram maculadas pela mídia.

Isto posto, é oportuno mencionar a banalização e degradação gratuita feitas pelos meios de comunicação com a imagem e a honra das pessoas que estão envolvidas em investigações criminais.

Como ensina Ana Lúcia Menezes Vieira (2003, p.153):

A reprodução pública da imagem de pessoas envolvidas em crimes deve ser vedada se ela resulta de modo antissocial, aflitivo ou degradante, a não ser que haja a autorização do titular da imagem, ou se necessária à administração da justiça - exemplo seria o retrato falado ou a própria fotografia, para fins investigativos.

Formula-se que é ofensa aos direitos personalíssimos dos indivíduos a exposição não autorizada de imagem ou aquela que não atende aos anseios da justiça, razão que se aconselha evitar tal divulgação; bem como, para impedir que inocentes sejam apontados como criminosos pela sociedade.

Lamentavelmente, não são raras às vezes que pessoas noticiadas pela mídia como culpadas, sejam posteriormente inocentadas pela justiça.

Por exemplo, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 848) relata o seguinte caso concreto:

[...] em novembro de 2006, no bairro de Perdizes, localizado na cidade de São Paulo, relativo a um casal de idosos que foi encontrado morto a facadas dentro de sua residência. A polícia apressou-se em apontar o filho do casal como suspeito de ter praticado o duplo homicídio, já que, inicialmente, não foram encontrados sinais de arrombamento nem de sangue na residência. Como consequência do açodamento da Polícia, e da imediata divulgação feita pela mídia, que induziram uma pré-convicção de culpa do filho do casal, a casa em que a família residia foi pichada com a palavra *assassino*, em referência ao filho do casal, que também passou a ser hostilizado pelos moradores do bairro. Posteriormente, no entanto, a mesma Polícia encontrou manchas de sangue na casa ao lado, além de pegadas na parte de dentro da residência onde ocorreu o crime, confirmando uma rota de fuga usada pelo verdadeiro autor do delito. Dois dias depois, o criminoso apresentou-se à Polícia, sendo com ele apreendida a faca utilizada no crime. Difícil expressar o prejuízo causado ao filho do casal: além de perder seus pais, em um crime bárbaro e cruel, foi apontado pelas autoridades policiais como suposto autor do delito, sendo, então, submetido ao tradicional linchamento midiático, e transformado, aos olhos da população, em culpado. Por mais que a mídia se apressasse depois em desfazer o equívoco, já era tarde demais: a violência já estava consumada.

Outro famoso caso é o da “Escola Base”, instituição de ensino particular do município de São Paulo, fechada em 1994. Nesse episódio, o casal Icushiro Shimada e Maria Aparecida Shimada, proprietários da escola, juntamente com o casal de funcionários Maurício Monteiro de Alvarenga e Paula Milhim Alvarenga, foram injustamente denunciados à sociedade pela imprensa pela prática de crimes sexuais contra alunos de quatro anos de idade.

As exaustivas reportagens sobre o fato delituoso e as imprudentes ações do responsável pelo caso, o Delegado de Polícia Edélcio Lemos, (que supostamente teria agido sob a pressão da mídia escrita e televisionada), bem como a divulgação das imagens dos acusados, estigmatizaram os citados indivíduos. E, em resposta à revolta provocada pela imprensa na comunidade, cidadãos depredaram a “Escola Base” e os acusados não saíam mais de casa, pois temiam sofrer agressões físicas.

No entanto, o inquérito policial foi arquivado pelo Promotor de Justiça Sérgio Peixoto Camargo porque não foram encontradas provas cabais que comprovassem a prática dos crimes sexuais.

Nesse sentido, cabe ao Estado proteger a integridade moral dos indivíduos envolvidos em crimes, resguardando seus direitos personalíssimos, não sendo conivente com a publicação sensacionalista da imagem e o ataque à honra desses acusados.

5.3 Distinção entre Clamor Público e Repercussão Midiática

Então, como já foi defendido, as intenções da mídia em manipular a população provocando insegurança social na comunidade e ao disseminar a irreal impunidade, em nada está ligado ao genuíno clamor público.

Dessa forma é válido explanar que os argumentos usados pela mídia para exigir o provimento judiciário, em nome de um suposto “clamor” da opinião pública, não são legítimos.

No tocante ao argumento da insegurança social, é necessário pontuar que o Estado, como guardião da coletividade, incumbiu foi à segurança pública o dever de proteger os bens jurídicos tutelados pela legislação contra a periculosidade abstrata. Assim, não é da alçada das prisões cautelares proteger a sociedade contra à violência, mas seu dever é providenciar um bom andamento do “*ius persecuendi*”.

Nessa linha de pensamento, o Estado-juiz só está legitimado a se utilizar na persecução criminal da prisão preventiva se houver a periculosidade concreta, *in casu*, caracterizada pela possibilidade não presumida do retorno à prática reiterada de crimes pelo mesmo acusado.

À vista disso, constata-se que a cobrança da população para que com a prática de um crime o acusado seja obrigatoriamente preso preventivamente, não condiz com os direitos fundamentais que regem a persecução criminal, p.ex., o direito à presunção de inocência, ao devido processo legal e ao contraditório e ampla defesa, além de desfigurar o caráter instrumental dessa prisão.

Quanto à impressão ou argumento de impunidade, observa-se que, sua nascente reside na ideia embutida pela mídia na coletividade de que não há credibilidade na justiça, porque acusados não são segregados preventivamente, premissa que é notadamente inconsistente.

No entendimento dos doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 582),

Nem se diga que a liberdade do infrator durante a persecução poderia afetar a imagem da Justiça. Ora, o sentimento popular não pode pautar atuação judicial com repercussão tão gravosa na vida do agente. A política de “boa vizinhança” com a opinião pública ou com a imprensa não pode levar ao descalabro de colocarmos em tábula rasa as garantias constitucionais em prol da falaciosa sensação de segurança que o encarceramento imprimiria. A imagem do Judiciário deve ser preservada, com a condução justa do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com a sua liberdade.

Nesse sentido, é inadmissível considerar um deturpado “clamor público” como a motivação de um fundamento de constrição de liberdade preventiva, principalmente, no ordenamento jurídico brasileiro onde impera o princípio da imparcialidade do juiz.

Para Renato Brasileiro (2014, p. 899):

Nessas hipóteses de clamor público e repercussão social do fato delituoso, não se vislumbra *periculum libertatis*, eis que a prisão preventiva não seria decretada em virtude da necessidade do processo, mas simplesmente em virtude da gravidade abstrata do delito, satisfazendo os anseios da população e da mídia. Não custa lembrar: o poder judiciário está sujeito à lei e, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria, facilmente manipulada pela mídia.

No entanto, para não apoiar-se apenas em percepções e entendimentos doutrinários, é oportuno expor a própria ementa do julgado do Supremo Tribunal Federal da qual se refere a citação anterior, onde a Suprema Corte se posiciona contrário à adoção do clamor público como fomento para o fundamento da garantia da ordem pública,

HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL .- A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE . - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312)- não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes . - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu.(STF - HC: 80719 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento:

26/06/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143)

Não cabe a Justiça atender às exigências de uma população influenciada pelo senso comum, mas sim observar os direitos e garantias individuais, obedecendo ao princípio basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o princípio da legalidade. Portanto, como bem foi aludido por Renato Brasileiro no texto acima, o magistrado deve render-se somente à lei positivada, aos princípios gerais do direito e as garantias do indivíduo.

Nesse ínterim, as críticas não consistem em desconsiderar a existência de um clamor público, porque este realmente pode está presente no caso concreto, mas em reputá-lo isoladamente como o estopim da pungência do fundamento da garantia da ordem pública; como também aceitar que opinião pública é sinônima de repercussão midiática.

Entretanto, é obviamente plausível avaliar e examinar um conjunto de elementos, dentre eles o clamor público, para fins de prisão preventiva.

Quanto a essa afirmativa, Renato Brasileiro (2014, p. 898) diz que:

[...] não será possível a decretação da prisão preventiva em virtude da repercussão da infração ou do clamor social provocado pelo crime, isoladamente considerados. Tais argumentos de *per si*, não são justificativas para a tutela penal cautelar.

O posicionamento doutrinário que defende a inaplicabilidade isolada do clamor público e a inadmissibilidade da repercussão midiática como substrato de garantia de ordem pública é característico da corrente intermediária, entendimento que é defendido pelo Supremo Tribunal Federal, como mais uma vez mostra o mestre Renato Brasileiro de Lima (2014, págs. 899 e 900):

[...] o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não constituem fundamentos idôneos, por si sós, à prisão preventiva:

a) o chamado clamor público provocado pelo fato atribuído ao réu, mormente quando confundido, como é frequente, com sua repercussão nos veículos de comunicação;

[..] Essa linha de pensamento, segundo a qual o clamor público, por si só, não autoriza a prisão preventiva, foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em caso de repercussão nacional, no qual o jornalista P.N. fora acusado de matar sua namorada, também jornalista.

Então, ao longo desse capítulo, constata-se a existência de clamor público, mas que só é um resultado fatídico daquele caso concreto que apresenta periculosidade real do agente em conjunto com a gravidade do delito. Porém, o elemento em tela adquirirá capacidade para ser substrato do fundamento garantia da ordem pública, quando passa a ser avaliado em conjunto com outros elementos, ou seja, nunca isoladamente.

Também foi visto que os holofotes da mídia intentam manipular a opinião da população contra aquelas pessoas que são envolvidas com crimes, convencendo-a que tais pessoas são culpadas, mesmo sem terem sido julgadas; razão pela qual solicitam como prestação jurisdicional a prisão preventiva desses indivíduos, por divulgar-se como porta voz de um falso e/ou infundado “clamor social”.

Entretanto, felizmente a Suprema Corte é restritiva e se posiciona contra a aceitação da repercussão social como sinônima de clamor público, como fora observado no mencionado julgado, pois, visivelmente, a intenção da mídia é influenciar a decisão que decreta prisão preventiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa apresentada neste trabalho dedicou-se à abordagem da prisão preventiva, como uma prisão processual de cognição sumária e de cunho provisório. No entanto, por ser uma medida cautelar que priva a liberdade de locomoção de um indivíduo, deve ser uma alternativa de *ultima ratio* para o magistrado porque exige que antes sejam aplicadas medidas cautelares diversas da prisão e que estas se mostrem ineficazes, sejam aplicadas isolada ou conjuntamente.

Em virtude do princípio da motivação das decisões judiciais, em que qualquer decisão deve ser motivada, é obrigatório que o magistrado justifique a decisão que decreta a constrição preventiva de liberdade do indivíduo, porém valendo-se do rol taxativo de fundamentos do Art. 312 do CPP, onde se encontra o fundamento da garantia da ordem pública.

Entretanto, considerando a elasticidade do termo ordem pública, foi analisado se é legítimo considerar o clamor público como substrato para invocar esse fundamento. Como também, se clamor público pode ser visto como sinônimo da repercussão midiática que alguns casos concretos alcançam em meios de comunicação.

Então, apoiando-se na corrente majoritária, compreendeu-se que pode existir um clamor social genuíno no caso concreto. Isto porque, clamor público é o estado de pavor e apreensão geral em que uma população pode se encontrar, ocasionada pelo medo da permanência em liberdade de um perigoso criminoso, que cometeu um grave crime e que representa uma verídica ameaça à comunidade.

Nesse íterim, percebe-se que o clamor social é só um resultado da periculosidade de um indivíduo. Dessa forma, não é válido considerá-lo para fomentar a garantia da ordem pública, somente se estiver somado à periculosidade concreta do agente.

No entanto, é impertinente aceitar que repercussão midiática seja vista como porta-voz de clamor público, uma vez que é a própria mídia que influencia negativamente a opinião pública ao rotular um mero suspeito como culpado, mesmo sem a condenação formal do Poder Judiciário, e, assim, desrespeitando os direitos e garantias do indivíduo.

Então, quando a mídia assume uma postura sensacionalista e faz um relato irresponsável dos fatos delituosos, rotula os suspeitos dos crimes e incute uma ideia

de impunidade na sociedade para que a população duvide da credibilidade das instituições judiciárias.

Dessa forma, a pesquisa filou-se a corrente majoritária ao condenar o sensacionalismo midiático como influência deturpadora da opinião pública e por essa razão lhe desconsidera como clamor público.

Assim, em outras palavras, é inadmissível que o Poder Judiciário se submeta aos anseios da mídia e que despeje sobre o indivíduo o ônus da privação cautelar de sua liberdade de locomoção, ao lhe fundamentar na garantia da ordem pública e usá-la como um mero disfarce da influência midiática sobre o caso concreto.

Em síntese, a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública não pode considerar isoladamente o clamor público para invocar tal fundamento, bem como não é aceitável se valer de meras conjecturas repercutidas na mídia para caracterizar clamor público.

Essas afirmativas estão pautadas nas convicções da corrente majoritária, defendida e adotada pelo STF, onde argumenta que a exaustiva repercussão midiática causa uma sensação de impunidade na coletividade e dissemina a ideia de que é necessário prender preventivamente qualquer suspeito da autoria de crimes, embora esse anseio imposto pela mídia fuja da funcionalidade cautelar de uma privação preventiva de liberdade.

Nesse raciocínio, conclui-se que a decretação da preventiva deve ser norteadada pelo princípio da legalidade, ou seja, qualquer elemento que intente invocar a garantia da ordem pública, mas que desrespeita as garantias individuais do suspeito não será vislumbrado porque desobedece ao princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

BAYER, Diego Augusto. *Mídia e Sistema Penal: Uma relação perigosa*. **SÍNTESE**, set. 2013. Disponível em: <http://online.sintese.com/print/module/print.html?source=printLink>. Acesso em: 02 set. 2014.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal—*Habeas-Corpus* nº 80719/SP, Relator: CELSO DE MELLO, 26/06/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143). Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2998699/habeas-corpus-hc-80719-sp>. Acesso em 06 jun.2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 25. In____. **Súmulas vinculantes**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 419. In____. **Súmulas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 11. In____. **Súmulas vinculantes**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel .**Vigiar e Punir**. 25.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GOMES, Luís Flávio. *Mídia, Segurança Pública e Justiça Criminal*. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, ano IV, n.21, p.84-86, dez/jan.2008.

Lima, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 2ª. ed., rev., ampliada e atual. Bahia: Jus Podivim, 2014, p.847.

Lima, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 2ª. ed., rev., ampliada e atual. Bahia: Jus Podivim, 2014.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica- As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX).**Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2006, págs 69-81 e 83.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli De. **Curso de Processo Penal.** 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RUSCHE, George. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição estrutura social.** 2. ed . Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de Criminologia, 2004, p.103.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 8^a.ed., rev. ampliada e atual. Bahia: Jus Podivim, 2013.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.