

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

TAYNÁ KARINE LIMA OLIVEIRA

**O CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA DECRETAÇÃO DA
PREVENTIVA SOB O FUNDAMENTO DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

ARACAJU

2016

TAYNÁ KARINE LIMA OLIVEIRA

**O CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA DECRETAÇÃO DA
PREVENTIVA SOB O FUNDAMENTO DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe
como um dos pré-requisitos para
obtenção de grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

**ARACAJU
2016**

TAYNÁ KARINE LIMA OLIVEIRA

**O CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA DECRETAÇÃO DA
PREVENTIVA SOB O FUNDAMENTO DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Carlos Magno de Oliveira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Dr^a. Daniela C. Almeida da Costa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Inicialmente dedico à Deus, por me dar o sopro da vida e que me prestigia sempre com muitas graças, dentre elas a de me preencher com sentimento de perseverança, determinação, coragem e o discernimento desprendidos para que eu fizesse tal obra.

À minha família que sempre me deram todo apoio necessário nesta empreitada, acreditando em mim e não me deixando esmorecer diante de meus medos e incertezas.

Aos meus amigos e professores que também acreditaram em mim e que sempre se mantiveram dispostos a me acrescentar conhecimentos de vida e afetos ao mundo profissional que me dispus a conhecer.

À Otávio, pela sua graça de estar fazendo parte de minha existência e me dar a motivação em busca dos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus e a todas as pessoas que se mantiveram presentes nesta minha vida, inclusive no meio acadêmico, me dando ensinamentos de como a partir das tribulações posso aprender algo que sirva como evolução e de como saber onde não devo voltar e onde quero chegar. Verdadeiramente, obrigada a todos que se perfizeram sempre presentes, caminhando na mesma estrada em busca do saber, me dando o incentivo e motivação necessários para que pudesse me engendrar nesse mundo acadêmico que tanto sonhei em trilhar e me fazem acreditar que posso ser capaz e merecedora da conquista de crescer pessoalmente e aprender uma profissão. Ademais, sou grata ao professor Ermelino Cerqueira por toda sua compreensão e ensinamentos repassados, me fazendo perseverar e não desistir de tentar escrevê-la, em meio às dificuldades de concentração que tive durante sua feitura, bem como a Gleide Paula e Paola Queiroz pela ajuda na fase decisiva de formatação de minha monografia.

Obviamente que a prisão preventiva para garantia de ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência) é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de *cautelar* até o ponto de transformá-lo em medida de *segurança pública*.(2015, p.651)

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo (2015, p.650)

Aury Lopes Júnior.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART – Artigo

CF/88 ou CF – Constituição Federal de 1988

STJ – Superior Tribunal de Justiça

CPP – Código de Processo Penal

RESUMO

O tema prisão preventiva é muito discutido na esfera acadêmica e visto com frequência na prática forense devido a enorme quantidade de decretações. Este trabalho se debruça a entender onde a prisão cautelar se situa no arcabouço jurídico brasileiro, bem como em tratar de seus fundamentos, inclusive no que tange à circunstância autorizadora prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal relacionada à prisão preventiva 'para garantia de ordem pública' que por não ter uma precisa definição, abre espaço para várias situações que podem ser fundamentadas nela, como é o caso do clamor público. Esta situação será tratada pelos doutrinadores como um motivo inconstitucional, pela sua imprevisão na lei, bem como por não ser um motivo determinante para a finalidade da prisão processual, que se presta para acautelar o regular andamento processual diante de uma ameaça concreta a essa finalidade, não devendo servir como antecipação da pena. Nesse viés, será demonstrada sua ilegalidade, não devendo assim ceder a influências externas ao processo, como se enquadra a situação do clamor público.

Palavras-chave: Medida Cautelar, Prisão preventiva, Garantia de Ordem Pública, Clamor Público.

ABSTRACT

The issue of pretrial detention is widely discussed in the academic sphere and seen in forensic practice for being the subject of many statements. This work focuses to understand where it is located in the Brazilian legal framework, as well as in dealing with its foundations, including those related The acquiring circumstances provided for in Article 312 of the Criminal Procedure Code, the decree of custody 'to guarantee public order 'that by not having a precise definition of what would open space for various situations that can be grounded it, as is the case of public outcry. This situation will be treated by scholars as an unconstitutional reason for its unpredictability in the law and not be a determining reason for the purpose of procedural prison, which lends itself to safeguard the regular procedural progress on a concrete threat to this end, should not serve as an anticipation of the sentence. In this bias, legality will be demonstrated and must not yield to external influence to the process, as fits the situation of public outcry.

Keywords: Precautionary Measure, Probation, Public Order Guarantee, Public Clamor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PROCESSUAL	16
3 A PRISÃO PROVISÓRIA OU PROCESSUAL	25
3.1 A Prisão Temporária	34
3.1.1 Conceituação	35
3.1.2 Decretação da Prisão Temporária	36
3.1.3 Pressupostos ou Requisitos Gerais para sua Decretação	36
3.1.4 Requisitos Específicos ou Hipóteses de Cabimento	37
3.1.5 Prazo de Duração da Prisão Temporária	40
3.2 Prisão Preventiva	42
3.2.1 Conceituação	42
3.2.2 Pressupostos	43
3.2.3 Momentos em que pode ser aplicada	44
3.2.4 Autoridade que pode Decretar	44
3.2.5 Fundamentação do Decreto da Preventiva	45
3.2.6 Revogação da Prisão Preventiva	46
3.2.7 Prazo da Prisão Preventiva	47
3.2.8 Hipóteses ou Circunstâncias Fáticas Autorizadoras da Preventiva ..	47
3.2.9 Crimes que são Passíveis de Decreto de Prisão Preventiva	51
3.2.10 Situações que não Autorizam a Preventiva	52
3.2.11 Recursos Possíveis em se tratando de Preventiva	52
4 O CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA SOB A CIRCUNSTÂNCIA DE GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA .	53
4.1 Conceituação do que seria a Garantia de Ordem Pública	53
4.2 O Clamor Público como sendo sua Hipótese de Decretação	57
4.3 A Mídia como Potencializadora ou Influenciadora do Clamor Público.	60
4.4 O Papel do Magistrado que tem o Poder de Decretar a Preventiva	63
4.5 O que a Jurisprudência entende por o Clamor como Fundamento da Garantia de Ordem Pública	66
5. CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

É evidente que o direito penal e processual penal nasceram como forma de o Estado solucionar os conflitos entre os indivíduos de forma preventiva ou repressiva – mas deve ser aplicado de maneira excepcional, caso outros ramos não sirvam para solucionar - de maneira que quando o indivíduo atenta contra normas legais e viola bens jurídicos relevantes surge a necessidade de sua responsabilização. Essa violação pode ensejar privação de liberdade por meio da prisão quando o sujeito é condenado e ocorre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, o indivíduo pode também ser levado à prisão antes mesmo do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é o caso da prisão cautelar, também chamada de provisória ou prisão sem-pena. A mesma serve como forma de resguardar a persecução penal, conforme suas hipóteses legais, em observância aos princípios da legalidade e da presunção de inocência.

A lei 12.403/2011 trouxe a ampliação do rol de medidas cautelares que estão previstas no artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal, nesse contexto, as prisões cautelares devem ser aplicadas de maneira excepcional, quando outras modalidades de medidas cautelares diversas da prisão não forem adequadas ao caso concreto. Para o decreto da medida cautelar de prisão são levados em consideração a proporcionalidade da medida, bem como os pressupostos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Essas disposições devem alicerçar a fundamentação da autoridade judiciária competente - o magistrado -, que deve se ater não na mera conveniência, mas sim aos critérios traçados pela lei, uma vez que está em jogo um princípio e um direito fundamental do nosso atual Estado Democrático de Direito, que é o da não culpabilidade e o direito de locomover-se, sendo a sua restrição medida excepcional a ser tomada.

Nessa obrigatoriedade do juiz focalizar suas ações em situações previstas em lei, insta destaque a prisão temporária e a preventiva, que como qualquer outra medida cautelar, se submetem aos mesmos pressupostos e finalidades de assegurar o bom desenrolar das investigações e do processo antes da sentença definitiva, mas sempre com base em situações concretas, protegendo esse iter da persecução penal de qualquer obstacularização que o indivíduo possa causar,

comprometendo a harmonia procedimental. Nesse enlace, apesar de possuírem pontos em comum, essas modalidades de prisão cautelar possuem suas peculiaridades e requisitos próprios que devem ser preenchidos sob pena de se constituírem situações ilegais, como será explicado no decorrer do presente trabalho. Nesse ponto reside o objeto da presente pesquisa, que está inserido na hipótese de decretação da prisão preventiva como garantia de ordem pública.

A expressão supracitada “garantia de ordem pública” como veremos, é deveras repleta de imprecisão, até porque essa situação foi incorporada no nosso ordenamento jurídico processual pátrio que data de 1941, pela influência da previsão da legislação alemã - que vivia sob o regime fascista de 1937 - que continha essa expressão de conteúdo vago, para abarcar toda e qualquer situação de vingança contra supostos opositores ao regime. Nesse sentido, verifica-se a impropriedade desse termo para o nosso atual ordenamento processual e embasado na Constituição Federal que prevê inúmeros direitos e garantias aos indivíduos sujeitos à jurisdição penal. Houve inclusive a tentativa de dar um significado, uma definição concreta para a garantia de ordem pública, contudo foi rejeitada e não foi contemplada pelas modificações introduzidas no capítulo de prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, trazidas pela lei 12.403/2011.

Diante dessa expressão vaga de garantia da ordem pública, surgem inúmeras tentativas de defini-la e nesse sentido a tentativa de preencher a lacuna com situações tais como, impor a medida cautelar de prisão para dar credibilidade à atividade judiciária, dar resposta à sociedade que requer a prisão apenas pela gravidade em abstrato do delito, bem como no clamor da sociedade que está impregnada de sentimentos primitivos de vingança a fim de ver o suspeito preso. Nesse último ponto será explicado que como os outros exemplos mencionados, o clamor público não pode ser tido por sinônimo de garantia de ordem pública, pois em última análise, não se pode privilegiar uma ampliação de algo tão nocivo ao direito de liberdade assegurado constitucionalmente, como é a prisão. Pois como sabemos, não se admite em termos de imposição de restrições de direitos em direito penal e processual penal a interpretação extensiva e analógica, a não ser em benefício do agente.

Esse turbilhão de possibilidades hipotéticas que a indefinição do inciso atinente à garantia de ordem pública pode trazer não recebe amparo na doutrina e jurisprudência como será demonstrado adiante, pois dão preferência à legalidade e ao caráter de excepcionalidade da prisão, só a admitindo se for indispensável a proteção da proveitosa persecução penal. Nesse viés, o clamor público não pode ser tido como seu sinônimo. Nesse ponto a mídia que tem a função social de manter a população informada por ter seu direito de liberdade de expressão resguardado na Carta Magna, muitas vezes presta um desserviço ao devido processo legal. Com efeito, a mídia não possui apenas virtudes, subsiste com toda sua relevância, a nocividade por ser moduladora de opiniões, transforma fatos cotidianos em fatos abomináveis e mais especificamente na esfera criminal possui o condão de gerar a comoção que exorbita os fatos. Ao potencializar o clamor social, na maioria das vezes entra na esfera de atuação de outras instituições, como o poder judiciário e todo seu aparelho, por muitas vezes acabando por dar ensejo à decretação da prisão preventiva, sem mesmo estarem configurados os seus requisitos.

Diante do que fora exposto, surge a necessidade de aprofundar os aspectos inerentes à prisão provisória ou cautelar, especificamente da hipótese de seu cabimento como “garantia de ordem pública” para o decreto da prisão preventiva e a hipótese do Clamor Público ser utilizado como seu sinônimo para fundamentar esta modalidade de prisão cautelar. É constitucional? Para tentarmos esclarecer tal questionamento faz-se necessário perpassar vários pontos relacionados ao tema: Qual papel da prisão cautelar à luz do sistema judicial brasileiro, bem como seus princípios; Quais as espécies de prisões cautelares no ordenamento pátrio; Qual o posicionamento da doutrina e jurisprudência quanto à legitimação da prisão preventiva pelo clamor público como sinônimo de garantia da ordem pública.

O tema de prisões cautelares é atual, na cátedra sempre houve discussões sobre os aspectos concernentes aos seus pressupostos e requisitos, sendo bastante interessante por ter alto grau de verossimilhança, pois constantemente vê-se em órgãos midiáticos notícias sobre prisões e suas mazelas, informações estas que podem ser saudáveis, mas também podem ser ferozes e nocivas principalmente por estarem lidando com a vida das pessoas e sua integridade física e psicológica, e muitas vezes pela forma como veicula o tema a mídia sensacionalista não se

importa ao distorcer fatos e transmiti-los de maneira equivocada. Um indivíduo pode ser levado a extremos em poucos segundos, de anjo a monstro, basta a mídia querer! É relevante a busca por informações sobre temas como o que está sendo aqui explanado, pois essa modalidade de prisão só pode ser decretada para casos específicos, porém muitos magistrados podem acabar aplicando-a em hipóteses não expressas em lei, como é o caso do clamor público. Ademais o presente trabalho tentará contribuir para o esclarecimento da comunidade acadêmica, bem como da sociedade em geral que se dispuser a ler esta pesquisa, desses pontos causadores de debates.

O objetivo geral é demonstrar a prisão preventiva enfatizando sua hipótese de garantia da ordem pública, se o clamor público como seu sinônimo é legitimado pela doutrina e jurisprudência como motivo fundante do decreto dessa prisão cautelar.

Os objetivos específicos são descrever o sistema de medidas cautelares no qual se inclui a prisão processual, mencionar as modalidades que são qualificadas como sendo de natureza cautelar por diversos autores e se aprofundar no entendimento da temporária e preventiva, bem como demonstrar o posicionamento da doutrina e jurisprudências no que diz respeito à garantia de ordem pública fundada no clamor social.

Em busca de tais entendimentos, o presente projeto baseia-se no método dialético dado o conhecimento produtivo que nunca se estagna. Para tanto, será utilizado como método auxiliar comparativo através da análise do assunto: prisão cautelar preventiva e as discussões acerca de sua fundamentação pautada na garantia de ordem pública.

A presente pesquisa será qualitativa, pois analisará o comportamento da doutrina e jurisprudência frente ao tema estudado, exploratória quanto ao levantamento de informações referentes à questão problema. Ademais, a pesquisa será pautada no método descritivo a partir dos dados levantados, tendo como local apenas levantamento legal, bibliográfico e documental, ao se obter informações da doutrina e jurisprudência pátria, inclusive de produções de artigos veiculados em periódicos especializados sobre o tema.

O segundo capítulo tratará das medidas cautelares diversas da prisão cautelar introduzidas no ordenamento processual pátrio através da lei 12.403/2011, demonstrando o caráter de alternatividade que elas podem ter frente ao decreto da medida cautelar mais extrema, a prisão processual.

No terceiro capítulo, será explicado o sistema da prisão processual vigente em, trazendo aspectos que importam saber e ressaltando seu papel de acautelamento investigatório ou processual. Além de ser dividido em dois subcapítulos delineando as prisões temporária e preventiva, esta última tratada de maneira mais objetiva, pois será aprofundada no capítulo posterior.

Já o quarto capítulo se chegará ao ápice desta pesquisa, pois é nele que serão abordados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais do que seria a hipótese de cabimento da preventiva “garantia de ordem pública” e as suas críticas pela indefinição que apresenta e que por isso abre espaço para tentativas de alocação de qualquer hipótese, como é o caso do clamor público.

Por fim, no quinto capítulo será tecida a conclusão desta obra.

2 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PROCESSUAL

As medidas cautelares diversas da privação da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória - prisão cautelar – foram introduzidas através da lei nº. 12.403/2011. Elas são aplicadas como opções ao encarceramento - sendo assim benéficas - através da imposição pelo magistrado de obrigações ao indiciado levando-se em consideração circunstâncias do fato e do indivíduo, bem como a gravidade do delito. Conforme esclarece Tourinho (2013, p.579), antes mesmo de serem tipificadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, muitas dessas medidas já vinham sendo aplicadas em sede de sursis penal ou processual e até como restritivas de direitos.

Justificando essa alternatividade das cautelares instituídas pela lei acima descrita na previsão do artigo 319 do Código de processo penal dispõe Paulo Rangel:

Ao dizer a lei “das outras medidas cautelares” é porque reconhece que irá enumerar outras providências que não só a prisão, isto é, adota-se no direito brasileiro o sistema multicautelar abandonando o antigo sistema da bipolaridade o da dualidade em que o juiz deixava o réu solto ou o prendia. Não havia uma terceira opção, antes do final do processo. (RANGEL, 2014, p.910)

O trecho citado nos remete à ideia de um ordenamento jurídico mais harmonioso com a garantia constitucional da liberdade do indivíduo como regra, em que a mesma só deverá ser cerceada se não forem suficientes e adequadas à imposição de tais medidas em caráter de substitutividade à prisão cautelar.

Passaremos a análise das medidas cautelares que totalizam dez, sendo nove previstas no artigo 319 e uma elencada no artigo 320, ambos do CPP (BRASIL, Decreto lei nº 3.689 de 1941):

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

É uma maneira de fiscalização da vida cotidiana, pois trata-se de comparecimento pessoal do indivíduo no dia e condições estipuladas pelo juiz para

justificar, demonstrar e explicar as atividades que está realizando. Não ficou claro sobre a periodicidade que deve haver, ficando a cargo do juiz determinar se será mensal, semanal ou diariamente. Exemplos dessa medida, se estiver laborando, deverá comprovar com documento idôneo que é a carteira de trabalho e previdência social e no caso de ser discente, devendo demonstrar a matrícula no local onde está frequentando o curso regularmente.

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

Aqui a restrição deve ter relação direta do fato e o respectivo local o ambiente semelhante de sua ocorrência. Na prática, o magistrado tem que comunicar as delegacias de polícia da imposição de restrição. Essa medida seria muito eficaz se o juiz e todo seu aparato judiciário tivessem o real controle do acusado de estar cumprindo ou não sua imposição. Conforme Aury Lopes é uma medida de muita incidência para casos que envolvem delitos sob a égide de torcidas organizadas e bares.

III – proibição de manter contato com a pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Significa uma restrição de afastamento do indivíduo do contato com a pessoa individualizada relacionada ao fato delitivo para evitar que atente contra sua integridade, podendo ser a vítima ou testemunha por exemplo. A efetividade do cumprimento pode se dar quando a pessoa protegida denuncia quando houver descumprimento da ordem. No caso de denúncia, faz-se necessário o juiz realmente averiguar a idoneidade dessa denúncia, para não incorrer em injustiça e conseqüente revogação da medida. A distância à ser respeitada e o prazo dessa medida é determinado pelo juiz a partir do critério de razoabilidade.

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

Trata-se de uma medida que restringe a liberdade do acusado que deverá se ater a Comarca onde tramita a investigação ou o processo. Para Aury Lopes, é medida assumida para tutelar a prova e evitar a fuga. Ele critica essa obrigação de o

réu ser objeto de prova, sendo assim um atentado contra o direito de não produção de provas contra si mesmo “*nemo tenetur se detegere*”.

Mas essa disposição deve se dar somente pelo período que for necessário a instrução criminal e nesse sentido, caso o processo esteja suspenso por algum motivo, essa restrição também fica sobrestada, podendo dessa forma o indivíduo sair da comarca. No caso da limitação estar vigente e o agente intimado não comparecer, será revogada a medida. Este inciso tem relação com o artigo 320 do CPP, que traz a hipótese de entrega do passaporte.

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência fixa;

Esse recolhimento é severo já que restringe a liberdade do acusado a seu domicílio no período noturno e nos dias de folga. Apesar de não dispor a lei de uma finalidade específica para tanto, (podendo ter o objetivo de evitar o risco de fuga ou de servir para tutelar a prova, por exemplo) deve o juiz se atentar que a mesma deve ser imposta para garantir o curso regular da instrução criminal, por muito intervir na liberdade. Os horários de início e término da restrição são definidos pelo magistrado. O mesmo pode, em casos excepcionais, a requerimento e comprovação do acusado autorizar sua saída do recolhimento temporariamente.

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais;

Trata-se da situação de interrupção laboral que se dirige ao servidor que exerce sua atividade em órgãos da Administração Pública direta ou indireta (função pública) sob-regime estatutário ou da consolidação das leis trabalhistas. Essa interrupção deve ter relação entre o servidor público e o crime praticado em face do exercício da atividade pública.

Já quanto aos crimes relacionados à função do servidor ser de natureza econômica ou financeira, como salienta Paulo Rangel (2014, p.916) “crimes contra o mercado de capitais, instituições financeiras, sistema financeiro nacional, crimes de gestão fraudulenta, dentre outros que envolvem questões econômicas ou financeiras”, essa suspensão tem finalidade de evitar ainda mais prejuízos para a gestão pública.

Aury Lopes critica essa medida por entender que não resguarda o processo e sim é aplicada como forma de tutelar a reiteração da conduta delitiva e mais que a indeterminação de tempo que pode durar tal suspensão, poderá representar uma antecipação de pena imbuída de prevenção especial.

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do código penal) e houver risco de reiteração;

Pela previsão do próprio inciso ao citar o artigo 26 do CP, significa que se trata de uma doença mental que já acometia o sujeito à época do delito. Essa internação deve ser determinada somente nos casos de crimes realizados com violência ou grave ameaça, ter atestado o laudo a situação do indivíduo ser inimputável ou semi-imputável, bem como ter praticado a conduta delitiva mais de uma vez verificada de forma concreta. A internação em hospital é uma forma de tratamento do agente e uma medida de proteção da sociedade.

Essa internação provisória deverá desaparecer, caso o motivo de perigo que a legitimou cessar, devendo o acusado imputável ou semi-imputável ser posto em liberdade. Inclusive, o lapso temporal não deve ser indeterminado, devendo a duração de essa internação ser determinada pelo juiz seguindo critério da razoabilidade de duração do processo.

VII – fiança, nas infrações que a admitem para resguardar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

Trata-se de uma prestação patrimonial para assegurar que o sujeito compareça aos atos do processo, caso ele resista injustificadamente à ordem judicial imposta ou evitar obstrução do processo. Este inciso tem relação com o §4º desse artigo analisado, indicando que a fiança pode ser cumulada com outras medidas cautelares e não apenas ser aplicada isoladamente.

IX – Monitoração eletrônica.

Essa medida de monitoramento é materializada por um aparelho que transmite informações ao computador central e na prática pode ser visualizado como pulseira ou tornozeleira. Ou seja, é uma medida que possibilita a vigilância do indivíduo para evitar risco de fuga e também a prática de delitos. Deve ser

consentido pelo sujeito que se verá vigiado pelo Estado de maneira muito menos invasiva na liberdade que a prisão cautelar, por exemplo.

Deve o acusado assinar um termo de responsabilidade pela manutenção do aparelho que deve estar a todo o momento conectado com a central de monitoramento. Em descumprindo tal medida, poderá ser aplicada outra em substituição, inclusive a prisão cautelar se presentes seus requisitos e condições, ou mesmo a cumulação.

Essa medida pode contribuir para dar efetividade a outras medidas diversas da prisão. Nesse tema, Paulo Rangel (2014, p.919), exemplifica a possibilidade de cumulação com a proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar ou limitação de acesso a determinados locais.

Artigo 320 – A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Segundo o doutrinador Paulo Rangel (2014, p.920), essa é uma medida cautelar que se destina a evitar que o acusado saia do país pela via aérea com o uso do passaporte. Alega que essa medida não abarca toda camada populacional, mas somente se destinam aos réus dos crimes de colarinho branco.

Ele esclarece que essa medida pode não ter eficácia alguma, já que a viagem para países do bloco econômico Mercado Comum do Sul, pode se dá pela via terrestre e por isso sem necessidade do uso do passaporte. Diante disso, o autor aconselha que o magistrado deva fazer a comunicação a todas as embaixadas brasileiras nos países estrangeiros para que não emitam passaportes e para que possam capturá-los.

Na seara da **legalidade**, como visto, além das prisões cautelares trazidas no corpo do CPP, a lei 12.403/11 trouxe medidas outras diversas como substitutivas da prisão. Essas medidas cautelares são tipificadas no rol do artigo 319 e no artigo 320. Logo, o magistrado deverá se utilizar dessas medidas em respeito ao princípio da legalidade e tipicidade. Nesse sentido Aury Lopes leciona:

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do

imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias [...] Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto. (LOPES Jr, 2015, p.592).

Nesse diapasão, infere-se que no processo penal não se privilegia a discricionariedade do juiz em aplicar medidas atípicas para solução do caso concreto. Devendo-se, pois, se atentar para utilização de medidas tipificadas, como exemplo, as previstas no artigo 319 e 320, que não são um rol meramente exemplificativo. Diante disso, caso aplique medida não prevista na lei, estará agindo lastreado por ilegalidade, pois conforme Aury Lopes (2015,p.593) “Segue o juiz ou tribunal atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo “criar” outras medidas além daquelas previstas no ordenamento.”

De modo diverso ao entendimento de Aury Lopes está Nestor Távora (2013, p. 665) que argumenta pela existência de um rol meramente exemplificativo de medidas. Para ele não há impedimento de o magistrado estabelecer outras medidas adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados por lei, ou seja, medidas mais gravosas que as delineadas no artigo 319 do CPP.

Em se tratando de **fungibilidade e autonomia** de tais medidas, por haver a possibilidade de serem aplicadas autonomamente ou de forma cumulada, Tourinho Filho (2013, p.435) salienta que essas medidas obedecem à regra do *rebus sic standibus*, podendo o juiz revogá-las ou substituí-las “quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-las se sobrevierem razões que a justifiquem”, ou seja, no caso de descumprimento ou de requerimento da parte contrária, poderá o juiz modificar, impor cumulação ou em último caso e mais extremo, decretar a prisão preventiva, se presentes suas condições de acordo com o §6º do artigo 282 do CPP.

No que tange aos **princípios**, o artigo 282 do Código de Processo Penal traz os critérios que devem ser observados e fundamentados pelo magistrado para aplicação de tais medidas:

- I – Necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal, e nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II – Adequação da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Diante desse artigo, nota-se o papel do julgador de entender as circunstâncias do caso que lhe foi levado à decidir e correlacioná-la com esses critérios de adequação e proporcionalidade das medidas e a devida aplicação das mesmas. Nesse sentido Paulo Rangel (2014, p.884): “A adequação da medida é o equilíbrio encontrado entre o meio empregado e o fim que se persegue. O meio que se utiliza não pode ser mais gravoso do que o fim que se quer alcançar.”

Para Paulo Rangel (2014, p.897) o §6º traz outro princípio que deve ser observado pelo juiz na aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319, que é a **proibição do excesso**, pois traz à tona que a preventiva pode ser decretada se não for possível a substituição por outra medida cautelar, disso, o magistrado deve diante da situação concreta, tentar ponderar e adotar primeiramente uma medida das elencadas acima, não sendo possível pelo caso exigir maior rigor, aplica-se então a prisão cautelar, pois esta deve ser a última opção.

Sobre os **limites de incidência das cautelares diversas**, Aury Lopes traz um balizamento interessante para se aferir de que maneira deverá ser aplicada, a saber: a) em crimes dolosos em que a pena máxima seja superior à 4 anos + a presença dos requisitos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, pode-se utilizar as medidas cautelares. Entretanto, se forem insuficientes e inadequadas, aplica-se a preventiva. b) se a pena máxima for igual ou inferior a 4 anos e idem requisitos, somente deve ser aplicada a medida diversa da prisão e, c) se o caso for nos moldes do item b), acrescido de uma das situações do artigo 313, I e II, ou decreta-se cautelar diversa ou prisão preventiva, em último caso. (2015, p.660).

Diante do delineamento acima, retiram-se duas conclusões gerais quais sejam, que não são cabíveis medidas diversas e inclusive, a preventiva, se o delito for culposos. É a ideia de substitutividade das medidas por dever-se tentar preferencialmente aplica-las já que a prisão preventiva tem caráter excepcional.

No que tange a **legitimidade para o requerimento da medida**, está o §2º do artigo 282 do CPP, dispondo que serão aplicadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação, por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Diante do conteúdo do artigo. Paulo Rangel ensina:

O texto legal em comento autoriza o juiz a decretar, *ex officio*, a medida cautelar, mas apenas no curso do processo, pois diante da estrutura acusatória do *processo penal* o juiz não tem legitimidade para adotar medidas cautelares, pessoais ou reais, no curso da investigação preliminar, sem provocação do Ministério público ou representação da autoridade policial. (RANGEL, 2014, p.887)

Assentindo o mesmo entendimento está Tourinho Filho (2013, p.433-435), que da análise do artigo 282 e parágrafos do CPP, vê a possibilidade de o juiz ainda na fase instrutória impor a medida cautelar, mas para tanto, deverá a parte acusatória requerê-la. Isso se deve ao fato do juiz ser um órgão superpartes que deve analisar as provas que lhe forem levadas e apreciar seu mérito. Isso fica evidente no §3º quanto ao contraditório, pois salienta que não sendo o caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, cabe ao juiz intimar a parte sujeita de imposição da medida para que possa se defender.

Sobre a **decisão judicial**, vale registrar que pela leitura do artigo 315 do CPP que dispõe que o juiz decidirá de forma motivada no caso do indivíduo já sujeito à imposição do gravame sobre a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada, pois para o que está em plena liberdade, o juiz analisará sobre a necessidade de decretação de prisão ou quaisquer outras medidas. No contexto das medidas cautelares, por trazer limitações de direitos, deverá sempre haver a fundamentação escrita da autoridade judiciária e sempre à luz dos critérios de necessidade e adequação requeridos pelo artigo 282 do CPP.

Diante dessa breve contextualização do que seriam as medidas cautelares trazidas pela lei 12.403/2011, percebe-se que são alternativas ou opções ao decreto de prisão cautelar por serem menos onerosas. A prisão provisória é inclusive, uma modalidade de medida cautelar prevista em outros artigos do Código de Processo

Penal que não no rol do artigo 319 do mesmo diploma. A alternatividade dessas medidas cautelares se dá pela análise do juiz que deve à luz da proporcionalidade no caso concreto, tentar aplicar a prisão cautelar como *ultima ratio* por cercear a liberdade do indivíduo de maneira mais rigorosa.

Passaremos a tratar da medida cautelar de prisão processual a seguir.

3 A PRISÃO PROVISÓRIA OU PROCESSUAL

A prisão como sendo o cerceamento da liberdade de ir e vir do indivíduo que fica numa situação de clausura comporta duas espécies: prisão-pena e prisão sem pena. A diferença entre as duas está em que, a prisão-pena é decretada após o trânsito em julgado de sentença condenatória irrecorrível ou definitiva com efeitos de prevenção geral ou especial de crimes. Já a prisão sem pena é aquela aplicada antes da sentença definitiva, no decorrer do processo com caráter meramente de servir de instrumento para acautelar o regular andamento processual.

a) Conceituação

Conceitua Paulo Rangel que “A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva”. (2014, p.763). Esse tipo de prisão sem pena ou prisão processual cautelar é anterior à condenação definitiva e, nos dizeres de Tourinho Filho (2013, p.450) “execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, sequestro, arresto, etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal.” Significa dizer que essa prisão tem por objeto pessoas que de certa maneira estejam sendo óbice ao processo e não objetos.

Apesar do seu caráter cautelar, o decreto das prisões cautelares não possui um processo cautelar distinto do processo principal como ocorre no Processo Civil. Aduz Eugênio Pacelli que:

[...] ao contrário do que ocorre no processo de natureza não penal, inexistente no processo penal, o processo cautelar propriamente dito, no sentido mais tradicional da teoria geral do processo, a exigir a demanda, partes legitimadas, pedido e demais requisitos da citada tutela processual (cautelar).(PACELLI, 2015, p.501)

Tanto é assim que o nosso sistema processual penal que data 1941 até os dias atuais é dada à autoridade policial - delegado - a capacidade de representação perante o magistrado para aplicação de algumas medidas cautelares ainda na fase

investigatória como é o caso, por exemplo, da determinação de prisão preventiva e temporária.

De acordo com Tourinho (2013, p.451) as medidas podem ser impostas como atividade jurisdicional-contenciosa, quando o órgão acusador requer que tal medida seja imposta e o juiz analisa o mérito desse pedido à luz dos requisitos que deve conter e decide aplicar; ou ainda, de atividade jurisdicional sem demanda ou jurisdição sem ação, que é a situação em que o juiz decide aplicar de officio.

No que concerne às modalidades dessa medida cautelar severa, por restrição que limita o direito de locomoção assegurado constitucionalmente, muitos autores, a exemplo de Eugênio Pacelli, Paulo Rangel e Tourinho Filho, em suas obras trazem como tipos: a prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária (todos tratam), prisão decorrente de decisão de pronúncia, decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão domiciliar (alguns tratam delas, outros não).

Embora os autores elenquem esses vários tipos de prisão cautelar mais adiante serão tratadas somente a temporária e a preventiva, sendo esta última o objeto de estudo desse trabalho. Uma vez que, a prisão em flagrante não é tida como prisão cautelar e sim medida de caráter pré-cautelar, embora alguns autores a classifiquem desta maneira como salienta Aury Lopes, pois a flagrância seria a percepção do cometimento de delito que origina a obrigação da autoridade policial ou facultatividade de qualquer pessoa do povo de tentar conter a prática delitiva, nesse sentido:

Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou por autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. (LOPES Jr, 2015, p. 606)

Vale esclarecer mais que, a mesma não é decretada por autoridade judiciária e sim por ato administrativo que após ser realizado deve ser comunicado ao juiz que fará o controle de legalidade da mesma, podendo relaxá-la caso esteja sendo ilegal, conceder a liberdade provisória ou convertê-la em preventiva de acordo com o artigo 310, II, do Código de Processo Penal, se presentes os requisitos legais e se outras medidas cautelares diversas de prisão forem insuficientes.

Em se tratando de prisão decorrente de decisão de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, saliente-se que não são decretadas automaticamente e sim caso venham a ser impostas, deve ser resultado da análise da situação fática de acordo com o artigo 312 do CPP, de proteção do bom desenvolvimento do processo ou de eventual sanção definitiva que venha ser aplicada ao final do processo. Nesse entendimento Tourinho Filho dispõe:

Quando o juiz decreta a prisão, na sentença condenatória ou na pronúncia, ele nada mais faz que reconhecer a necessidade de segregação, com fulcro em uma destas duas circunstâncias previstas no art. 312 do CPP: para preservar a instrução criminal e para assegurar a aplicação da pena.(FILHO, 2013, p.448. [...])
A prisão decorrente de uma decisão de pronúncia e , por último, a resultante de sentença penal condenatória, em face do que dispõem os arts. 413, §3º, e 387, §1º, do CPP, são no fundo a mesma preventiva, a qual, eventualmente, poderá ser substituída por outra cautelar que não implique encarceramento. (FILHO, 2013, p.592)

Nesse contexto, segundo Tourinho (2013, p.450) esses dois tipos de prisões não são espécies de prisão cautelar, pois só se aplicam se for cabível a prisão preventiva e que por isso a decisão do magistrado nessas situações é a própria prisão preventiva.

b) Pressupostos ou requisitos da medida cautelar de prisão:

Toda e qualquer medida cautelar reclama a presença de dois requisitos para que sejam aplicadas, no caso de não estarem presentes não legitimam sua aplicação. Nesse viés, não seria diferente com a prisão provisória ou cautelar.

Os pressupostos são o ***Periculum Libertatis*** e o ***Fumus Comissi Delicti***. Significando respectivamente o perigo que a liberdade do acusado ou indiciado pode causar ainda na fase investigatória ou do processo e a fumaça do cometimento do delito/crime. Como bem resume Paulo Rangel dispendo “O *periculum* traduz-se pelo binômio *urgência e necessidade*. [...] O *fumus* traduz-se no binômio *prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria*.”(2014, p.770)

Sobre esse tema, Aury Lopes critica a doutrina tradicional que ao analisar as cautelares, as identifica com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ele afirma que é um equívoco, a busca de análise literal de preceitos do Processo Civil ao Processo

Penal, sendo impossível essa analogia pela impropriedade do decreto dessa medida pela necessidade desses requisitos mencionados: fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Dessa forma, segundo o doutrinador o que fundamenta as prisões cautelares são o “*fumus comissi delicti*” que é a probabilidade da ocorrência de um delito e não de um direito. Já o “*periculum libertatis*” decorre não do fator temporal e sim da situação de perigo que a liberdade do sujeito pode ensejar no normal andamento processual.

c) O Princípio da Presunção de Inocência:

O Princípio da Presunção de Inocência é de fundamental observância em termos de Processo Penal como um todo e especificamente no caso das medidas cautelares como a prisão. Como bem esclarece Paulo Rangel (2014, p. 23-27) tem seu marco principal com o surgimento do iluminismo no século XVIII, nessa época, ainda era vigente o processo penal inquisitório e o indivíduo acusado já era tido por presumidamente culpado.

Da necessidade de resguardar garantias fundamentais contra a lascívia do Estado em condenar e punir o sujeito, com a Revolução Francesa surge a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão em 1789 que em seu artigo 9º dispõe: “Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: Todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, passou-se a dar mais dignidade ao indivíduo ao privilegiar o estado de inocência e o respeito ao seu direito fundamental de ir e vir. Ela influenciou o artigo 5º, LVII da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Com efeito, desde a promulgação da Carta Magna de 88, a atual realidade do ordenamento processual penal é a de que toda e qualquer prisão, incluindo aqui a cautelar, deverá se efetivar por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente e a máxima de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ambas disposições de fundamental importância estão previstas no artigo 5º, LXI e LVII, respectivamente. A disposição

de não culpabilidade antes da sentença definitiva significa: “**Presunção de Inocência**”, que nos dizeres de Eugênio Pacelli:

A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal). (PACELLI, 2015, p. 497)

Nos dizeres do próprio autor Eugênio Pacelli, extrai-se desse princípio que a prisão de maneira geral deverá se fundamentar em critérios de necessidade ou indispensabilidade que a situação exigir para atingir sua finalidade de evitar um risco concreto ao processo, devendo ser aplicada por decisão judicial fundamentada. Mesmo sendo a prisão em flagrante uma exceção por ser imposta sem ordem judicial, a sua posterior manutenção clama por a devida fundamentação.

Nessa seara, Aury Lopes (2015, p. 588) explica que esse princípio impõe-se como dever de tratamento pela exigência de o réu ser tratado como inocente até que se prove o contrário. Esse dever de tratamento é interno e externo ao processo. Internamente induz ao juiz que as alegações sejam provadas pela acusação e, em caso de dúvida seja o indivíduo absolvido, além do mais implica restrições ao uso indeterminado e até mesmo abusivo das prisões cautelares. No âmbito externo, há uma exigência de proteção contra a precoce estigmatização do indivíduo pela exploração da publicidade de maneira abusiva.

Complementando esse contexto interno e externo trazido pelo doutrinador acima, Nestor Távora (2013, p. 54) assevera que por esse princípio, essa medida extrema de prisão na fase investigatória exige muito cuidado na sua imposição, pois pode causar sérios prejuízos à imagem do acusado ou indiciado, através de ações como a busca e apreensão domiciliar, a exposição da imagem e informações conseguidas, quebra de sigilo telefônico, entre outros.

Em suma, pelo já explicitado deflui-se que até que não seja reconhecido que o indivíduo é realmente culpado pela ação delitiva por sentença definitiva - após toda fase instrutória e probatória - ele deve ser considerado presumivelmente inocente.

d) Demais Princípios Aplicáveis à Prisão Cautelar

O doutrinador Aury Lopes (2015, p. 593-605) traz de maneira sistematizada um conjunto de princípios que fundamentam a possibilidade de aplicação de prisão antes do trânsito em julgado e a garantia de presunção de inocência ou de não culpabilidade resguardado pela nossa Carta Magna de 1988:

e) Jurisdicionalidade e motivação:

A noção de jurisdicionalidade está prevista no artigo 5º, LXI da Constituição Federal: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Significa que ninguém pode ser preso sem que a ordem seja expedida por autoridade competente, que é a judiciária.

Esse princípio tem relação direta com o artigo 93, IX da CF e o artigo 315 do CPP, que trazendo sua significação de seu conteúdo axiológico, dispõe que qualquer prisão cautelar só deverá ser decretada por ordem judicial fundamentada.

Paulo Rangel (2014, p.765) acrescenta que há casos em que a medida pode ser adotada ou decretada por pessoa ou órgão que não o judiciário com seu papel de fazer a devida fundamentação *a priori*, mas que *a posteriori* deverá passar pela análise de legalidade do judiciário, como é o caso da prisão em flagrante.

***Contraditório:**

Há possibilidade de existir o contraditório nessa tutela de prisão cautelar. O exercício do contraditório deveria ser observado como uma forma de se evitar prisões cautelares desnecessárias. A sugestão seria de que o indivíduo fosse desde logo conduzido após sua prisão para que fosse interrogado e ouvido perante o juiz que a determinou (audiência de custódia) e que após a realização da mesma, o julgador decidisse de maneira fundamentada pela manutenção ou não da mesma.

No artigo 282, § 3º do CPP, há previsão sobre o contraditório, por permitir que o acusado ou indiciado seja intimado do pedido de aplicação de medida cautelar em seu desfavor e em não sendo urgente ou prejudicial a eficácia da medida, que apresente sua defesa contra esse pedido, argumentando sobre a desnecessidade

de aplicação. Essa hipótese não se aplicaria em caso de preventiva por risco de fuga, pois poderia restar ineficaz.

Esse princípio tem sua efetividade mais vista quando se tratar de casos de substituição, cumulação ou revogação das medidas cautelares do artigo 319 e 320 do CPP com a possibilidade de decretação de preventiva. Pois, caso haja suspeitas de que essas medidas impostas foram descumpridas, deve haver o contraditório prévio antes que a situação do indivíduo possa vir a ser modificada, inclusive, pela imposição extrema de prisão preventiva.

***Provisionalidade**

Significa que as prisões cautelares são aplicadas conforme a situação fática em concreto. Diante disso, caso a razão fática que a legitimou tenha desaparecido – *fumus commissi delicti* e/ou *periculum libertatis* - deve, portanto, ser a prisão expurgada e o indivíduo posto imediatamente em liberdade por não haver motivos que a justifiquem. Tendo desaparecido os motivos que fundamentou a prisão e mesmo assim haver sua manutenção, a mesma se reveste de ilegalidade.

Essa Provisionalidade pode acarretar na prisão cautelar ou nas medidas cautelares diversas da prisão: a revogação caso a situação não mais exista; a substituição caso a medida tomada não esteja surtindo efeito; ou na nova decretação por necessidade, no caso dos fundamentos reaparecem. Essa substituição pode ter contornos mais leves ou mais severos de acordo com o que a situação concreta exigir do magistrado.

***Provisoriedade:**

A provisoriedade relaciona-se com o fator temporal de brevidade que as prisões cautelares devem ter. Essas prisões devem ser de curta duração, já que tutelam situações fáticas e não devem ter caráter antecipatório de pena. Mas esse aspecto de duração da prisão processual no geral é indeterminado por não ter sido disciplinado na lei, dependente dessa maneira do entendimento do juízo. Exceção disso é a prisão temporária que tem seu prazo fixado em lei.

Houve uma tentativa de limitação temporal do máximo de duração da prisão cautelar preventiva de 180 dias pelo projeto de lei nº 4208/2001. Porém, esse

estabelecimento não logrou êxito sendo vetado quando do surgimento da lei 12.403/2011. Esse estabelecimento de limitação também partiu da jurisprudência que tentou criar limites globais, mas sem sucesso.

Diante dessa gritante lacuna de limitação do quantitativo de prazo para persistir a prisão processual, até para ter um parâmetro de qual momento a mesma seria tida por ilegal e abusiva por excesso de prazo.

***Excepcionalidade:**

A excepcionalidade vem disposta no artigo 282, §6, ao trazer a regra de que a medida cautelar, prisão preventiva, deve ser a última medida à ser empregada diante da inadequação ou insuficiência da aplicação isolada ou cumulativa das outras medidas diversas da prisão cautelar.

O artigo 282, I, do CPP traz o entendimento para todas as medidas cautelares de que estas somente devem ser aplicadas, após uma análise atenta da real necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e em casos expressos em lei com o intuito de evitar a prática de infrações penais. Trata-se do princípio da proporcionalidade ao fazer menção aos critérios de avaliação: Necessidade e Adequação.

O princípio da excepcionalidade além de seguir de mãos dadas com a proporcionalidade, também tem ligação estreita com o princípio fundamental de presunção de inocência no sentido de que em respeito a ele, seja realmente aplicada prisão cautelar como medida de última ratio para os casos mais graves que seguramente necessitem dessa restrição mais severa ao agente.

O referido autor critica veemente que na prática brasileira, este instituto da prisão cautelar que devia ser excepcional acaba por ser banalizado, pois ao invés de ter uma completa investigação e análise dos requisitos legais para que a liberdade do sujeito seja cerceada, acontece o contrário, prende-se para depois fazer a devida análise da situação fática de necessidade ou não da prisão.

Prende-se em caráter de urgência para trazer para a opinião pública o sentimento instantâneo de justiça. O que nada tem de legítimo, pois o fim dessa medida foi de ser aplicada para situação que realmente exigia tal medida severa e não de trazer a sensação de que o Estado é eficiente.

***Proporcionalidade:**

A proporcionalidade deve nortear toda análise de aplicação da medida cautelar de prisão. Devendo embasar a conduta do magistrado ao se deparar com o caso que lhe foi levado, fazendo a atividade de ponderação da infração praticada com o grau de gravidade da medida e a sua finalidade para o processo, “lançando mão de medidas cautelares isoladas ou cumulativas e reservando a prisão preventiva como (verdadeira) última ferramenta do sistema.” (LOPES Jr., 2015, p.606). Essa ponderação é necessária para não haver antecipação de pena indevida e a consequente estigmatização social que pode ser provocada no sujeito, ferindo ferozmente o princípio da presunção de inocência.

Os princípios relacionados à proporcionalidade são os de necessidade e adequação estando elencados no artigo 282, I e II do CPP, como de fundamental observância do juiz ao verificar a possibilidade de aplicação de qualquer medida cautelar. A necessidade significa que a medida não deva extrapolar os limites da finalidade que se quer alcançar, e por isso deve analisar o que o fato concreto exige para impô-la e também a necessidade de manutenção ou não da medida.

Da adequação infere-se que em sendo as medidas cautelares diversas da prisão aptas a acautelar a situação e menos gravosas ao imputado, esta é que deve ser adotada, pois a prisão deve ser para casos extremos em que as outras medidas não sejam suficientes para atingir sua finalidade. Porém, antes de se cogitar a aplicação das cautelares, deverá o juiz se limitar ao artigo 283§1º do CPP, no entendimento de que as medidas cautelares só devem ser aplicadas se a infração em tela for de cominação de pena privativa de liberdade. Caso não seja esse caso, não poderá ser aplicada medida cautelar mais gravosa que a sanção que possa vir a ser imposta ao final do processo. Reforçando a ideia Aury Lopes “É inadmissível submeter alguém a uma prisão cautelar quando a sanção penal aplicada não se constitui em pena privativa de liberdade.” (2015, p.604).

Após a explicitação das peculiaridades da prisão cautelar que confirmam seu caráter excepcional e instrumental para o processo - já que se deve primeiro diante da infração em que se comine pena privativa de liberdade, tentar aplicar as medidas

cautelares diversas da prisão cautelar, se adequadas à exigência da situação, por serem menos invasivas ao direito constitucional de locomover-se - , vale mencionar a afirmativa do doutrinador Paulo Rangel ao argumentar que não podemos confundir essa medida cautelar (que tem o viés de proteger o regular andamento processual) com política pública de combate a violência por o instituto não ter nada a ver com o índice altíssimo de violência que aflige a população brasileira.

Segundo seu entendimento, se há a enorme prática delitiva na sociedade, deve o Estado-executivo por meio de uma política pública estruturada estrategicamente conter a violência. Não devendo culpar o aparelhamento judiciário que não lançar mão de uma medida cautelar para contê-la, pois não é sua incumbência.

Em suma, cabe é ao Estado o papel de contenção de violência e não do judiciário por meio de aplicação de prisões cautelares indeterminadamente. Como bem completa esse entendimento “Polícia nas ruas, garantindo nossa segurança, é problema do executivo. Prisão cautelar, para assegurar o curso do processo penal justo, é medida a ser adotada pelo judiciário.” (RANGEL, 2014, p. 764)

Agora serão explicadas as duas modalidades de prisão processual, conforme os fundamentos já trazidos no início deste capítulo.

3.1 A Prisão Temporária

A prisão cautelar denominada prisão temporária foi instituída pela Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Está prevista no mandamento disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, a saber:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

O instituto da prisão temporária foi criado logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, através da Medida Provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989, proposta pelo executivo, sendo uma afronta aos preceitos

constitucionais de delimitação de competência, pois pela leitura do artigo 22, I da CF a competência para elaboração de norma de natureza penal e processual penal é de incumbência privativa da União, através de todo trâmite procedimental do poder legislativo, através do Congresso Nacional. Inconstitucionalidade essa ratificada por Paulo Rangel: “Nesse caso entendemos que a lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal, qual seja: a iniciativa da matéria.” (RANGEL, 2014, p.843).

Complementando a crítica de tal Medida Provisória, Nestor Távora (2013, p.594) aduz que essa medida provisória ingressou no ordenamento jurídico sem os essenciais elementos que ela exige (urgência e relevância), instituindo restrição ao direito de locomoção que só cabia ao poder legislativo. E mais, que embora continue vigente pela sua conversão em lei, sua inconstitucionalidade continua se perpetuando, inclusive, após o julgamento de ADIN nº 162/DF do Supremo Tribunal Federal que rejeitou e não reconheceu essa mácula.

3.1.1 Conceituação

A conceituação da prisão temporária é trazida por vários autores que acentuam seu objetivo de tutelar unicamente a fase de investigação, dentre eles, a saber: “A temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial – ou de investigação preliminar equivalente, consoante o artigo 283, CPP [...]”(TÁVORA, ALENCAR, 2013, p.594). Outro importante doutrinador que a conceitua é Pacelli ao dispor: “Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do artigo 1º, I, da lei nº 7.960/89, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela.”(PACELLI, 2015, p.544).

É o cerceamento de liberdade do indivíduo temporariamente com a finalidade de acautelar as investigações durante a fase administrativa de inquérito policial. A referida lei tutela desse modo as investigações policiais que se dão antes do início da ação penal. É tida por temporária, pois ao contrário da preventiva que tem duração indeterminada, tem seu prazo definido expressamente em lei.

3.1.2 Decretação da Prisão Temporária

Esta medida cautelar é decretada pela autoridade judiciária – o juiz - conforme está previsto no artigo 2º da lei nº 7.960/89, mediante representação da autoridade policial - delegado de polícia – ou à requerimento do Ministério Público. Da literalidade do artigo, nota-se que a lei não prevê a possibilidade de decretação de officio pelo juiz, dependente desta maneira da provocação dos órgãos citados, até porque é uma prisão cujo decreto se dá na fase de inquérito. Outro ponto a ser esclarecido é que segundo Nestor Távora (2013, p. 594), a vítima não foi legitimada a requerê-la em caso de crimes de iniciativa privada, cabendo nesse caso apenas ao delegado representar.

Após o recebimento do requerimento ou da representação, o juiz terá o prazo de até 24 horas para despachar pela decretação ou não da temporária de forma fundamentada, de acordo com o artigo 2º, §2º da referida lei. Como já trazido como ponto comum entre todas as medidas cautelares, esta decisão deve se fundamentar na existência dos pressupostos: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Não é mera conveniência e sim deve-se pautar em necessidade para a fase investigatória.

No caso de o juiz decidir pela decretação da prisão temporária, à luz do artigo 2º, §5º desta lei, somente deve ser realizada com a expedição do mandado judicial para em posse deste, apreender o indiciado, como bem assevera Rangel (2014, p. 853) “A prisão, sem a precedente ordem de captura, é manifestadamente ilegal e deve ser relaxada pela autoridade judiciária.”

3.1.3 Pressupostos ou Requisitos Gerais para sua Decretação

Como toda e qualquer medida cautelar, não seria diferente com a prisão temporária que exige para sua aplicação a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* que demonstram a real necessidade de sua imposição conforme a previsão do artigo 282 do CPP, que traz o contexto da proporcionalidade, pois deve ser observada a necessidade e adequação de tal medida restritiva de liberdade.

Conforme esclarece Paulo Rangel (2014, p. 845), esses requisitos podem ser preenchidos e visualizados pelo adequar dos incisos da lei da prisão temporária nº. 7.960/1989 No artigo 1º, inciso “I” que prevê a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, seria a presença do *periculum libertatis*, pois se não for decretada poderá atrapalhar a conclusão do inquérito. Da mesma maneira está o inciso “II”, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao seu esclarecimento identitário, pois desagua em dificuldade para as investigações do inquérito.

Quanto ao inciso “III” ao dispor, que quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes descritos, trata-se da presença do *fumus commissi delicti*, que seria a probabilidade do indiciado ser autor ou participe da ação delitiva.

Sobre o termo “fundadas razões” Tourinho Filho (2013, p. 540) assevera “Para nós, as fundadas razões devem ser razões idôneas, sérias, sob pena de se transformar a prisão temporária em instrumento de perseguição e tortura.” Ou seja, essa expressão não deve ser traduzida em indícios vazios, devem ter conteúdo concreto sob pena de incorrer em abusos à excepcionalidade da prisão. Além da presença desses pressupostos gerais, faz-se mister a análise dos requisitos específicos que devem estar presentes para legitimá-la.

3.1.4 Requisitos Específicos ou Hipóteses de Cabimento

As hipóteses de cabimento da prisão temporária após a conversão da MP nº 111/89 estão elencadas no artigo 1º da Lei nº 7.960/89, a saber:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art.

214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016). (BRASIL, lei nº 7.960 de 1989)

a) Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial:

Este inciso remonta a idéia de que a prisão deva se dar não por mera conveniência e sim por estrita necessidade para as investigações caso o indivíduo indiciado em liberdade possa ser obstáculo à seu pleno andamento e conclusão.

Pela leitura pura e simples do inciso, tem-se a referência de só se ater ao inquérito policial apenas, mas pela redação do artigo 283 do CPP, deflui-se um sentido amplo de que basta haver uma investigação criminal instaurada, como pode ocorrer no âmbito do Ministério Público segundo Nestor Távora exemplifica.

Cumprido destacar que aqui se insere a máxima do “nemo tenetur se detegere”, em que à luz do princípio da presunção de inocência (que a parte acusatória deve provar o alegado), o indiciado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo e por isso há a possibilidade de recusa em servir como meio de prova, como exemplos a reconstituição, acareação e o reconhecimento. Nesse diapasão é o que assevera Aury Lopes:

Infelizmente, ainda existem juízes que decretam a prisão temporária porque o imputado não está “colaborando com as investigações”...Isso é um absurdo. Assim, é ilegal a prisão temporária que, com fundamento na “imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial”, pretende disponibilizar o *corpo do suspeito* para que dele disponha a autoridade policial [...]. (LOPES Jr, 2015, p.682)

Esta recusa pelo indiciado de “colaborar para as investigações” é assegurada constitucionalmente e não pode servir como fundamento utilizado pelo juiz para decretar a temporária. Do contrário é cabível Habeas Corpus pela ilegalidade.

b) Indiciado não tem residência fixa ou não fornece elementos para sua identificação:

Por esse requisito, haveria um comprometimento das investigações em face do indiciado não possuir residência fixa, nem ter identificação civil e puder desaparecer. Para Pacelli (2015, p. 544) e Aury Lopes (2015, p.683) esse inciso é redundante, pois pode ser enquadrável como hipótese do inciso I acima já tratado. Ele enfatiza que não tendo informações do indiciado sobre sua identidade e seu paradeiro, as investigações estariam prejudicadas.

O simples fato de o indivíduo não ter residência fixa é insuficiente para prender temporariamente (como é o caso dos indivíduos que levam a vida de forma itinerante como os ciganos e os sem terra) diante da razão cautelar deva se dar por estrita necessidade, exemplo do risco efetivo de fuga e não por presunção. Ademais, sobre a não aplicação de temporária pela ausência de identificação civil, se dá pelo fato de que muitas pessoas não terem essa identificação e diante disso existe a lei nº 12.037 de 2009 que dispõe sobre a realização de identificação criminal, e em sendo efetivada não justificaria a prisão, devendo o indiciado continuar em liberdade. É o que pensa Nestor Távora (2013, p.596-7).

c) Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes relacionados:

Mais uma vez conforme fora sublinhado no tópico de pressupostos, repete-se que tem relação estreita com o *fumus commissi delicti*, que é a aparência do cometimento do delito. Pela leitura dos crimes previstos nesse inciso, constata-se que se trata de crimes dolosos. Há um rol taxativo enumerado de 15 crimes. Caso seja aplicada prisão temporária se fundamentando a decisão com base no inciso III, em crimes não previstos ali, será tida por ilegal. Como exemplos de crimes não previstos no rol estão a sonegação fiscal, a falsidade documental, estelionato e homicídio culposo.

Ponto interessante a tentar esclarecer é sobre como se deve dar a aplicação da prisão pelas hipóteses de cabimento da temporária trazidas no artigo 1º da lei 7.960/89. Se elas devem ser preenchidas cumulativamente ou puderem ser aplicadas de forma individual. Para Pacelli (2015, p.547)

[...] devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I. Assim a prisão temporária somente poderá ser decretada se e desde que presentes também os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova da materialidade), seja imprescindível para as investigações policiais e se trate dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1º [...]. A interpretação segundo a qual bastaria a presença de um único inciso para que se pudesse decretar a temporária, parece-nos absolutamente descontextualizada da ordem constitucional vigente (PACELLI, 2015, p.547)

Ou seja, para aplicação da medida cautelar temporária, deve haver uma interpretação combinada dos incisos, com base na imprescindibilidade para a investigação e os indícios suficientes da autoria e materialidade para que a decretação de tal prisão esteja revestida de necessidade. No mesmo sentido Paulo Rangel (2014, p.846) deve haver a combinação dos incisos I e III ou II e III, pois sem essa combinação não estariam presentes os pressupostos de toda e qualquer medida cautelar, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

3.1.5 Prazo de Duração da Prisão Temporária

Diversamente da prisão preventiva, também de natureza provisória, que não possui um prazo determinado em lei, a prisão temporária possui lapso temporal estabelecido em lei.

A regra geral é trazida pelo artigo pelo artigo 2º da lei da lei 7.960/89: Cinco dias, que poderá ser prorrogado em caso de comprovada a extrema necessidade. Regra diversa é a trazida pela lei nº 8.072/1990 que trata dos crimes hediondos e assemelhados, especificamente em seu artigo 2º §4º, será de trinta dias, podendo ser prorrogada por igual período na mesma justificativa acima. Como toda decisão

que trata da temporária, a prorrogação deverá se dar por requerimento e não de ofício pelo juiz.

Para Aury Lopes (2015, p. 679), trata-se de um prazo cuja inobservância pode acarretar sanção por abuso de autoridade após findar o limite temporal imposto conforme o artigo 7º da lei da temporária: “§ 7º Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias da detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva.” A previsão de se constituir abuso de autoridade está alicerçada no artigo 4º, alínea “i” da lei nº 4.898/65.

É verificado dessa forma que para a aplicação da prisão temporária, o magistrado deve se atentar ao mandamento temporal legal e findo esse prazo, deverá o indiciado ser posto em liberdade imediatamente, ressalvando-se a hipótese de ter sido convertida em prisão preventiva.

Quanto ao período em que o sujeito fica sujeito à prisão temporária, vale registrar que o artigo 3º dispõe que os presos deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos. Essa medida teria como objetivo não misturar os presos provisórios dos definitivos. Porém como vemos na prática, nos presídios essa imposição não surti muito efeito, devido à superlotação. Nesse sentido Paulo Rangel critica dizendo “O legislador cria o direito, o judiciário tenta conceder, mas o Executivo não cria a estrutura material para a incidência fática da norma. Ou seja, trata-se de dispositivo inútil, como o próprio administrador.”(RANGEL, 2014, p.854).

O doutrinador Tourinho Filho critica a prisão temporária denominando-a de antiga prisão para averiguações com uma roupagem legal, alegando que pode conduzir a abusos que afetam o status de dignidade e liberdade do sujeito, pois para haver a prisão a materialidade deveria estar provada. Na mesma linha de raciocínio está Paulo Rangel:

A prisão temporária é também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. (RANGEL, 2014, p. 844)

Como vimos, a prisão temporária tem o fito único de tutelar o regular andamento das investigações. Devendo ser aplicada através da análise de pressupostos em conjunto com as suas hipóteses específicas de cabimento. Como toda medida cautelar, a fundamentação pelo juiz do seu decreto deve estar amparada pelos critérios de adequação e necessidade da imposição à luz do princípio da presunção de inocência e da máxima de que a prisão procesual ser aplicada de maneira excepcional, pois de certa maneira, traz uma mancha na vida do suspeito.

3.2 Prisão Preventiva

3.2.1 Conceituação

A prisão preventiva é outra modalidade de prisão provisória ou cautelar com maior amplitude que a prisão temporária, pois esta só se aplica na fase de inquérito policial ou outra investigação que preceda o início da ação penal, como argui Tourinho Filho “[...] não sendo o inquérito necessariamente indispensável à propositura da ação penal, poderá ocorrer esteja o órgão do Ministério Público com informações mais que suficientes para ingressar em juízo com a denúncia.” (2013, p.564). A preventiva não se resume a tutela investigativa, aplicando-se também na fase processual antes do decreto de sentença definitiva. Nos dizeres de Nestor Távora “É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal [...]”(2013, p.579).

Explicando e acentuando sobre o seu caráter cautelar está o ilustre doutrinador Eugênio Pacelli:

[...] a prisão preventiva revela sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo agente autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo. Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal,

em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade. (PACELLI, 2015, p. 549)

Essa privação de liberdade antes do trânsito em julgado justifica-se pela necessidade de assegurar o bom andamento do desenrolar processual atentando-se para os critérios que toda medida cautelar deve se fundar, a necessidade e adequação ao caso concreto que exigir tal medida intensa, de acordo com o artigo 282 do CPP. E dessa maneira, pela proporcionalidade que deve ter deve estar sujeita ao cumprimento de condições e requisitos para ser considerada válida e não afrontar ferozmente o princípio da presunção de inocência.

Com o surgimento da lei 12.403 de 2011 que trouxe um rol de medidas diversas da prisão cautelar, que estão alocadas no artigo 319 e 320 do CPP, acentuou-se o caráter de excepcionalidade da prisão preventiva, pois a mesma deverá ser aplicada quando essas outras medidas menos severas não forem suficientes para a finalidade de resguardar o processo se atentando para os crimes definidos no artigo 313 e nas hipóteses de circunstâncias previstas no artigo 312 ou quando tais medidas forem injustificadamente descumpridas em caráter de substituição conforme a disposição do artigo 282 §4º, ambos do Código de Processo Penal.

3.2.2 Pressupostos

Para que se decrete tal medida extrema de restrição do direito de liberdade do individuo devem estar presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* que é verificado no artigo 312, caput, do Código de Processo Penal ao trazer a necessidade de demonstração da materialidade e os indícios suficientes de autoria ou de participação no delito. Que significa a justa causa.

A materialidade que seria a ocorrência da prática criminosa é comprovada por perícia, o depoimento de testemunhas, por documentos, por interceptação telefônica autorizada pelo juiz, são exemplos trazidos por Nestor Távora (2013, p. 580) como forma probatória de que realmente o crime existiu e impedir que alguém seja preso sob o manto da dúvida de ocorrência ou não do fato delitivo.

Já quanto aos indícios suficientes de autoria Paulo Rangel (2014, p.809) explica que estes indícios não necessitam ser provas robustas de certeza da autoria e sim elementos que apontem ser ele o possível autor do delito.

3.2.3 Momentos em que pode ser aplicada

Como já mencionado na conceituação, a prisão preventiva poderá ser aplicada tanto na fase de inquérito ou outra investigação anterior à instauração do processo penal, quanto na fase em que já foi instaurada a ação penal, e, a qualquer tempo desde que anterior ao trânsito em julgado e desse modo, por exemplo, tem-se a decisão decorrente de sentença condenatória recorrível e da decisão de pronuncia, frisando que estas não são automáticas, devendo ser aplicados à luz da estrita necessidade que o caso exigir. Como confirma Tourinho Filho “Em rigor, toda prisão que anteceda a uma condenação definitiva é preventiva”(2013, p.543).

3.2.4 Autoridade que pode Decretar

Como vem expresso no artigo 311 do CPP: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. É competente a autoridade judiciária, ou seja, o magistrado. No caso de processo de competência originária dos Tribunais, é competente o Relator de acordo com o artigo 2º, parágrafo único da lei nº 8.038/1990, conforme esclarece o autor Tourinho (2013, p.548). Isto é, instaurado o processo é cabível ao juiz de ofício, bem como a requerimento das partes e do assistente de acusação.

Ao contrário do que ocorre com a prisão temporária que só pode ser decretada mediante provocação da autoridade policial ou ministério público, o CPP é permissivo da possibilidade de que o juiz decrete a prisão preventiva de ofício no andamento do processo, sem necessidade que algum órgão a requeira. Já no caso da necessidade de conversão da temporária em preventiva, por ser na fase investigatória, faz-se necessário à representação da autoridade policial ou por requerimento do Ministério Público. Como enfatiza Eugênio Pacelli “[...] é vedado ao

juiz a decretação de prisão ex officio, opção legislativa absolutamente correta, tendo em vista que a referida prisão [...] presta-se a tutelar tão somente a investigação criminal”(2015, p.568).

Porém, nesse contexto de atividade jurisdicional de officio ou não, Pacelli (2015, p.569) explica que mesmo com o autorizativo legal do artigo 311 do CPP, não quer dizer que será sempre de officio em qualquer situação, pois para ele é cabível tal poder quando se tratar de tutelar a proteção de direitos fundamentais que é a finalidade do Estado Democrático de Direito, já em se tratando de medidas de proteção a efetividade da persecução penal e sua aplicação como é o caso da prisão preventiva, caberá aos destinatários dessa proteção à iniciativa de recorrer ao judiciário para que ele analise a real necessidade de aplicação.

Ademais, segundo a leitura do dispositivo art. 311, pode requerer a decretação de tal medida segregadora, o órgão do Ministério Público, o querelante, a autoridade policial e o assistente de acusação.

3.2.5 Fundamentação do Decreto da Preventiva

Há um mandamento previsto no artigo 315 do CPP, de que toda decisão dada pelo magistrado que decreta a prisão preventiva, que a substitua ou denegatória de sua imposição seja fundamentada. Essa regra se dá em observância do artigo 93, IX e do artigo 5º, LXI ambos da CF, que dispõem que será decretada a prisão preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Essa decisão deve ter em seu conteúdo, toda motivação fática e o preenchimento dos requisitos que a legitimem, sendo uma forma de fiscalização dos atos do juiz. Como esclarece Nestor Távora:

Decisões vazias, com a simples reprodução do texto da lei, ou que impliquem meras conjecturas, sem destacar a real necessidade da medida pelo perigo de liberdade, não atendem à exigência constitucional, levando-se ao reconhecimento da ilegalidade da prisão. (TÁVORA, 2013, p. 589).

Não sendo cumprida tal exigência constitucional e infraconstitucional essa decisão ficará sujeita a não validação ou nulidade, sendo passível desta forma a

impetração do garantia/remédio constitucional de *habeas corpus*. No mesmo sentido de como o juiz deva se comportar ao decidir devendo se pautar em fundamentos plausíveis de acordo com o caso concreto e não em meras presunções e preenchimentos de formulários, está Aury Lopes:

É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. (LOPES Jr, 2015, p.640)

3.2.6 Revogação da Prisão Preventiva

Essa medida cautelar gravosa se perpetua no tempo ou não a depender da presença ou ausência dos fundamentos que a fizeram subsistir. Ou seja, como já disposto no capítulo que trata de todas as medidas cautelares, não seria diferente com a preventiva que se sujeita também a cláusula “*rebus sic standibus*” sob o manto de que com a modificação da situação fática que se fez necessária sua decretação atendido o artigo 282, I do CPP, desaparecendo os motivos que a ensejou faz-se necessária sua revogação. Exemplo disso é o que traz Nestor Távora:

A título de exemplo, se o réu foi preso preventivamente porque estava contaminando a instrução criminal em face de ter ameaçado testemunhas, demonstrando a defesa que este risco não mais existe porque todas as provas já foram colhidas, a preventiva deverá ser revogada. Nada impede que seja novamente decretada se a acusação demonstrar que existe um risco iminente de fuga, e neste caso, a medida estaria embasada na garantia da aplicação da lei penal. (TÁVORA, 2013, p.591)

Lado outro, na mesma linha de raciocínio, uma vez que ressurgam os motivos legitimantes, autoriza o magistrado que a decrete novamente. Mas nesse caso, atendendo o explícito no artigo 282 §3º do CPP, deve-se abrir espaço para o contraditório prévio, exceto quando for urgente, dando a possibilidade de o acusado

defenser-se das alegações de prática de fatos que a autorize ou mesmo do descumprimento de outra medida cautelar diversa da prisão processual.

3.2.7 Prazo da Prisão Preventiva

A lei não estabelece prazo definido para cessar a segregação cautelar do acusado, diferentemente da prisão temporária cuja lei lhe estabeleceu prazo definido, embora o anteprojeto da lei de 2001 tenha previsto, mas a lei 12.403/11 não o validou, ficando dessa maneira à própria sorte do Estado-juiz definí-lo. Eugênio Pacelli dispõe que:

Como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos, a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada (característica da revogabilidade das cautelares) quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316, CPP). (PACELLI, 2015, p.552).

Como visto por não haver uma limitação temporal definida pela legislação, caberão como parâmetros os critérios de necessidade e adequação, pois caso a situação fática que a legitimou desaparecer, não caberá dessa maneira que o cerceamento da prisão subsista. Aqui vale muito ao magistrado observar a razoabilidade da manutenção da medida.

3.2.8 Hipóteses ou Circunstâncias Fáticas Autorizadoras da Preventiva

Até esse momento, vimos os pressupostos que todas as medidas cautelares devem ter, incluindo-se a prisão em questão, quais sejam: a presença do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* que significam respectivamente a fumaça do cometimento do delito, ou seja, a materialidade, bem como o indício de probabilidade do cometimento do crime pelo acusado que pela sua liberdade possa acarretar perigo ao processo. É o que esclarece Tourinho Filho:

A prisão preventiva subordina-se a pressupostos, que são dois, e condições, que são quatro (previstas no CPP...) e, uma destas, ao menos uma deve coexistir com aqueles dois [...] “a prova da existência do crime”. Não basta, pois, mera suspeita; a prova da materialidade delitiva é indispensável. Além da prova da existência de crime, a lei quer mais: “indícios suficientes de autoria”.(FILHO, 2013, p.550)

Pois bem, além desses pressupostos citados faz-se necessário a presença das circunstâncias autorizadas previstas no artigo 312 do CPP, vinculada também ao enquadramento dos crimes elencados no artigo 313 do mesmo diploma.

As condições circunstanciais trazidos pelo art. 312 do CPP são: 1) garantia da ordem pública; 2) garantia da ordem econômica; 3) conveniência da instrução criminal; 4) assegurar eventual pena que venha ser imposta; e mais, o autor Nestor Távora (2013, p.583) traz a hipótese de 5) descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, pela previsão do artigo 282 §4 do CPP.

1) garantia de ordem pública:

Essa circunstância não tem uma definição exata do que seria e por isso há muitas tentativas de definição trazidas por autores e doutrinadores para preencher a lacuna legal e que dessa forma pode trazer situações várias a tentar enquadrar nessa hipótese, tais como a credibilidade do judiciário em jogo, a gravidade abstrata do delito, a comoção pública, dentre outros.

Para Paulo Rangel (2014, p.807) a definição de ordem pública seria paz e tranquilidade social com as pessoas vivendo em harmonia, e dessa forma se o acusado continuasse livre cometendo crimes, haveria a perturbação da ordem e conseqüentemente caso preenchidos os requisitos deveria ser-lhe imposta a medida cautelar mais gravosa, ou seja, a prisão preventiva.

Nesse mesmo sentido de tranquilidade e paz social está Nestor Távora (2013, p.581) ao dizer que esse fundamento visa evitar que o sujeito continue na prática delitiva no decorrer do processo e sendo esse risco efetivamente comprovado, deveria assim ser imposta a prisão cautelar.

De certa forma, vê-se na maioria das vezes que essa tentativa conceitual enseja numa aplicação de prisão sem o caráter cautelar que deve ter da análise do caso concreto, para assegurar a persecução penal e seus possíveis efeitos na vida

do agente, e sim, como uma antecipação de pena por fazerem juízos de valor de culpabilidade do agente e não da possível periculosidade ao processo, o que é equivocado, pois ainda não foi retirado o manto da presunção de inocência, que se dá através do trânsito em julgado de sentença condenatoria.

Veremos esse tema de forma mais aprofundada no próximo capítulo, ao tentar demonstrar que os conceitos variados, inclusive o clamor público, não são sinônimos de garantia de ordem pública com caráter real de acautelar o processo.

2) garantia da ordem econômica:

Essa condição tem suas raízes na lei nº. 8.884 de 1994, chamada de lei Antitruste se fundamentando como resume Nestor Távora: “visando coibir abusos à ordem econômica, ou seja, evitar que o indivíduo se solto estiver continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica.”(2013, p.583)

Essa ordem econômica em risco seria a perturbação “o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, eliminação de concorrência e abuso arbitrário dos lucros”(RANGEL, 2014, p.808)

Para esse mesmo autor, essa hipótese é redundante, tendo em vista que afetando a ordem econômica já estaria de certa maneira afetando a ordem pública e por isso já devia ter sido enquadrada nela, sem a necessidade de ter feito algo expressamente específico.

3) conveniência da instrução criminal:

Por meio dessa condição vislumbra-se a proteção dos atos de prova que se destinam a buscar a verdade real dos fatos. Desta forma aplica-se a medida severa caso o sujeito esteja comprometendo a instrução probatória, como bem exemplifica Rangel (2014, p.808), que o acusado estando em liberdade, está ameaçando testemunhas, juiz ou promotor atuante no processo ou subtraindo ou destruindo documentos importantes que servem de prova.

4) garantia de aplicação da lei penal:

Aqui trata-se de uma hipótese em que deve ser demonstrado o perigo de fuga do acusado, que tenta se esquivar de possível punição que venha à ser aplicada em face dele. Deve ser uma prova efetiva baseada em elementos que realmente comprovem que o acusado quer fugir para se furtar à aplicação da lei. Exemplo

disso está no citado por Rangel “se há comprovação de que se encontra em lugar incerto e não sabido com a intenção de subtrair-se, pois, uma vez em fuga, não se submeterá ao império da justiça.”(2014, p.808)

5) descumprimento de obrigações impostas segundo o teor do artigo 282, §4º:

Essa hipótese diz respeito ao caráter excepcionalíssimo da prisão preventiva, quando já aplicadas medidas outras diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP. Situa-se aqui a situação de aplicação subsidiária da preventiva quando o acusado não cumprir as medidas menos gravosas à ele determinadas.

Faz-se um juízo de adequação e suficiência das medidas preferíveis à preventiva, e caso não enquadráveis nesse juízo, aplica-se a medida mais severa pelo descumprimento, mas saliente-se que pelo mandamento do artigo 282§ 3º do CPP, deve-se privilegiar o contraditório para que haja essa substituição gravosa ressalvada os casos em que não é oportunizada a priori por se tratar de urgência ou caso de ineficácia da medida, podendo nesses casos o acusado se defender a posteriori ao ato de apreensão.

Diante de todas essas situações fáticas, há que se prevalecer o caráter cautelar da medida de prisão processual, devendo pois, o magistrado observar se os atos do acusado estão efetivamente obstando o andamento normal do processo e não aplicar medida tão severa por meras presunções. Como bem assevera Tourinho Filho que doutrina:

Em face do exposto, que tem apoio da melhor doutrina, chega-se à conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma destas circunstâncias: “conveniência da instrução criminal” e “asseguramento da aplicação da lei penal”. Desse modo toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, visto que contrária ao princípio da “presunção de inocência”, dogma de fé. A prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal.”(FILHO, 2013, p.552)

A partir desse entendimento, confirma-se o caráter de acautelamento processual que deve ter a aplicação da preventiva, pelo que o autor aponta é como

se as prisões para garantia da ordem pública e econômica não tivessem essa finalidade, já as demais condições fossem a fundo as legítimas para seu decreto.

3.2.9 Crimes que são Passíveis de Decreto de Prisão Preventiva

De acordo com o que fora explicitado, mais uma vez deve ser observado que além daquelas circunstâncias descritas acima, cumpre analisar que deve vincular-se as infrações previstas no artigo 313 do CPP, são elas:

I – Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

Aqui há uma limitação quanto a natureza da infração e do quantitativo para o enquadramento. Diante da leitura verifica-se que não cabe para crimes culposos, bem como para crimes cujo quantitativo de pena seja inferior à 4 anos. Ademais, por fazer menção a expressão crimes, deixa claro a impossibilidade frente as contravenções. Sobre essa nuance acentua Tourinho Filho “[...] em todo capítulo pertinente à prisão preventiva, usa exclusivamente a expressão “crime”, afastando, assim, a possibilidade de ser extensiva a contravenções.”(2013, p.575)

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – código penal;

Aqui é incluído o caso do reincidente. É a situação do sujeito já ter sido condenado por outro crime doloso e está cumprindo a pena, porém nesse meio tempo, dentro do período de 5 anos (depurador) do cumprimento dessa pena, acaba por cometer novo crime doloso e daí aplica-se a prisão preventiva.

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Segundo Nestor Távora, este inciso foi inserido pela Lei nº 11.340/2006 “Maria da Penha” com o objetivo de dar maior efetividade às medidas protetivas para essas pessoas, sendo de caráter obrigacional por impor muitas obrigações ao ofensor.

Sobre essa hipótese, Paulo Rangel a critica, pois, segundo ele ,“a prisão preventiva é para assegurar o curso do processo (cautelar) e não para assegurar o cumprimento de medidas administrativas de proteção da ofendida”(2014, p.823).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

3.2.10 Situações que não Autorizam a Preventiva

Estas circunstâncias estão previstas no artigo 314 do CPP e tratam-se das excludentes de ilicitude, quando o magistrado à par do ocorrido detectar mesmo sendo típico, mas nas situações de legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito ou estrito cumprimento do dever legal, deve então afastar a aplicação da prisão preventiva para essas situações.

3.2.11 Recursos Possíveis em se tratando de Preventiva

O artigo 581, V, do diploma processual penal brasileiro traz a possibilidade do recurso em sentido estrito, para a situação de após requerida pelo Ministério Público ou querelante, haver o indeferimento ou revogação da prisão preventiva pelo magistrado. É possível também, a autoridade policial representar na fase de inquérito, perante o magistrado nessas situações. Já no caso de a decisão for de decretação da preventiva, não há previsão de recurso. No entanto, o prejudicado que se sujeitará a essa medida, poderá impetrar ação de Habeas Corpus questionando sobre em que se fundamenta tal gravame.

Como já declarado acima, quando tratou-se da garantia de ordem pública, essa circunstância será tratada no próxima capítulo, de modo a tentar demonstrar que pela indefinição, não deve servir como base sem a presença dos demais requisitos como forma de restringir o status *libertatis* do indivíduo.

4 O CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA SOB A CIRCUNSTÂNCIA DE GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA

Após todo arcabouço de peculiaridades da prisão preventiva delineados no decorrer deste trabalho, vemos sua natureza cautelar como ponto principal para sua aplicação e para tanto com a observância dos pressupostos, requisitos, circunstâncias, crimes passíveis, entre outros. Dentro de tudo isto se encontra a condição da garantia da ordem pública que será tratada neste tópico, abrangendo nele o que a doutrina, autores de artigos científicos bem como a jurisprudência pátria entendem sobre o enquadramento do clamor público como sendo sinônimo de manutenção da garantia da ordem pública para a imposição dessa medida cautelar extrema, que inclusive, não possui prazo definido estabelecido pela lei, a não ser por dependência do entendimento do julgador, frisando que este deve ter atenção à finalidade cautelar do processo e de resguardar eventual aplicação da lei.

Após essas considerações, passaremos a tocar pontualmente nos temas afetos.

4.1 Conceituação do que seria a Garantia de Ordem Pública

Como já trazido em momento anterior, muitos à conceituam como sendo a ordem pública no contexto de tranquilidade e paz social, como Paulo Rangel e Nestor Távora. Nesse sentido, também Rangel deixa transparecer que não seria um conceito vago, pois tem significado, mas a vagueza se daria em qual situação o magistrado poderia compreendê-la:

Ordem pública não é um conceito vago. A vagueza, muitas vezes, está na decisão e não no conceito de ordem pública. Quando o juiz diz que decreta a prisão para a garantia de ordem pública, a vagueza e a imprecisão não estão no conceito de ordem pública, mas na decisão do magistrado que não demonstra onde a ordem pública está ameaçada e agredida com a liberdade do acusado. (RANGEL, 2014, p.807)

Na vertente de tentativa conceitual, Tourinho Filho ao salientar que existem diversas situações em que pela indefinição possam ser traduzidas, a exemplo de

perigosidade do réu, crime perverso espalhados da mídia (2013, p. 554), bem como Aury Lopes que chega a dizer que a expressão “garantia de ordem Pública” chega a ter uma flexibilidade conceitual apavorante pelo seu grau de abstração que ninguém sabe ao certo o que significa e por isso dá margem a muitas situações que querem enquadrar como ele mesmo assevera:

[...] é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade (LOPES Jr. 2015, p.637)

Com efeito, há uma infinidade de circunstâncias que cerceiam a garantia de ordem pública, mas nenhuma delas com caráter objetivo de ressaltar a real garantia para o processo ou de eventual aplicação da lei penal quando for realmente aferida sua necessidade. Nesse contexto o autor Aury Lopes resume “a prisão cautelar é ilegítima quando afastada de seu objetivo e finalidade, deixando de ser cautelar [...] não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) [...]”. (2015, p. 647-8).

Notadamente verificam-se críticas em decorrência da imprecisão da expressão que estamos tratando, e isso é muito perigoso pela possibilidade de afronta a princípios como a presunção de inocência e legalidade diante de ter uma natureza extensiva, o que em termos de direito material e processual penal não pode acontecer, devendo ter interpretação restritiva, a não ser que seja em benefício do indiciado ou acusado, nesses termos tem clareza o que Aury Lopes dispõe:

Obviamente que a prisão preventiva para garantia de ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo portanto flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência) é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de *cautelar* até o ponto de transformá-lo em medida de *segurança pública*.(LOPES Jr, 2015, p.651)

No que concerne ao surgimento dessa expressão como dispositivo legal, Aury Lopes (2015, p.648) explica que tal expressão indeterminada surgiu na Alemanha, em meados de 1930 em que vigorava o período nazifascista, tendo seu conteúdo o intuito se der um autorizativo geral para prisão. Para ele, isso tem servido a diferentes adeptos de discursos autoritários e utilitaristas para fazer valer seus atos prepotentes. É o que também esclarece Diogo Rocha (2014, p.10) ao dizer que servia como maneira de prender pessoas que pudessem ser contrárias ao regime, ou seja, uma “Carta branca” para decretar prisão sem a necessária fundamentação concreta que uma cautelar deve ter, sendo dotada assim, de patente ilegalidade e arbitrariedade. Sobre isso ele fala:

[...] a arbitrariedade do fundamento da garantia de ordem pública para a decretação de prisões cautelares é ínsita ao próprio instituto. Vale dizer, justamente para se dar uma aparência de legitimidade às prisões efetuadas sob esse fundamento é que se utilizou dessa expressão, cuja imprecisão semântica acaba por permitir que as mais variadas situações sejam incluídas no seu conceito, abrindo a possibilidade de o encarceramento provisório não se enquadrar apenas e tão somente nas exigências de caráter cautelar propriamente dito. (ROCHA,p.10,2014)

Nessa seara de imprecisão, o Brasil se apoderou desse fundamento e o incorporou ao nosso Código de Processo Penal de 1941, na mesma época em que vigorava a ditadura. Entretanto, à luz dos preceitos da Constituição Federal de 1988 que deu um ar de garantias e princípios fundamentais a serem observados por todo o ordenamento jurídico pátrio, inclusive no CPP, e diante disso tal imprecisão/indeterminação embutido no fundamento da garantia da ordem pública não merece prosperar, devendo ser atualizado.

Sobre essa necessidade de atualização para dar devida definição ao fundamento de garantia da ordem pública, segundo Aury Lopes (2015, p.647) e Diogo Rocha houve a tentativa prevista no texto do projeto de lei nº. 4.208/2001 sob a relatoria do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, que modificava o artigo 312 do CPP para dar clareza às situações indeterminadas por meio de suas devidas definições, como era o caso desse fundamento de prisão preventiva. No entanto, tal alteração não

logrou êxito e continuou com a mesma redação do texto de 1941, através da aprovação de uma emenda substitutiva, o que resultou na não aparição da definição na lei que trata do tema prisão e cautelares nº 12.403/2001, que foi a conversão do projeto de lei acima descrito.

Diante dessa indefinição, que pode ensejar abusos, com exceção do deputado Ibrahim vemos que não houve uma preocupação por parte do poder legislativo em sanar a lacuna existente e trazer uma conceituação e determinação robusta do que seria o fundamento da garantia da ordem pública, o que pode resultar na inocuidade de sua finalidade cautelar como preceitua Diogo Rocha:

[...] a doutrina contemporânea conceitua as medidas cautelares com sendo dotadas de uma instrumentalidade qualificada; vale dizer, se o processo nada mais é do que o instrumento para o normal funcionamento da justiça, de modo que, por meio dele, alcancemos um provimento jurisdicional de mérito, a medida cautelar se traduz por um verdadeiro instrumento do instrumento, já que somente se presta a garantir a sua efetividade.(ROCHA, p.11, 2014).

Significando que a prisão processual preventiva tem a atribuição de acautelar e dar efetividade ao processo, esse é o seu fim. Sendo sua aplicação diversa da finalidade para o qual existe, será uma ilegalidade ou mesmo estará revestida de inconstitucionalidade, que pode resultar dessa maneira em uma antecipação de pena “uma prisão com função penal que só deveria ser decidida após conclusão do processo penal e seu trânsito em julgado” (LIMA, 2003, p.159). E ainda mais nessa mesma linha é o que afirma Aury Lopes “As funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar” (LOPES Jr., 2015, p.650)

Ademais, segundo Camile Eltz Lima, há uma violação de princípios sob esse enquadramento da garantia de ordem pública, pois é incompatível com princípios básicos do processo penal, ferindo a presunção de inocência, no caso de ser imposta com o fim de evitar a reiterada prática delitiva; o devido processo legal, pois a liberdade do acusado é retirada sem a presença dos elementos cautelares justificadores, sendo assim uma arbitrariedade do juiz, bem como viola o contraditório e ampla defesa pelo argumento de difícil contestação já que não é feita

com base em dados concretos e sim baseados na imprecisão da expressão. (2003, p.159)

Como pudemos visualizar, a circunstância da garantia de ordem pública é propícia a inúmeras situações que a tentam embutir - dentre elas está o Clamor Público como sendo seu sinônimo - sendo uma inconstitucionalidade, pois para aplicação de uma medida drástica como o é a preventiva, não se poderia dar uma interpretação extensiva e ampliativa ferindo assim um princípio consagrado desde a promulgação da Constituição Federal “a liberdade”.

4.2 O Clamor Público como sendo sua Hipótese de Decretação

O clamor público está dentre as situações que magistrados podem encaixar como pressuposto de fato para se decretar a prisão preventiva. No entanto, segundo Odone Sanguiné (2001, p. 29) tal situação não tem previsão legal para sua imposição. Apesar disso, há doutrinador que o cogite como fundamento, - a exemplo de Guilherme Nucci que estabelece que “a garantia de ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente” (2007, p.547) – No entanto, esse clamor é tido como apócrifo, pois não está escrito, abrindo assim brecha para violações de preceitos constitucionais. Assim ele esclarece:

Os fundamentos apócrifos da prisão preventiva - que também poderiam denominar-se de fundamentos não-escritos, ocultos ou falsos -, além de supor uma vulneração do princípio constitucional da legalidade da repressão (*nulla coactio sine lege*), permitem que a prisão preventiva cumpra funções encobertas, não declaradas, mas que desempenham um papel mais importante na *práxis* processual do que as funções oficiais propriamente ditas. (SANGUINÉ, 2001, p.29)

Conforme esse autor, (2001, p.29-30) mostra-se inconsistente a tentativa de doutrinadores de concretizar o clamor público como fundamento da prisão, pois esse tem indeterminados significados conceituais, além de ir de encontro com o ordenamento constitucional pátrio que prima por dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais, bem como dar segurança jurídica às relações. A

indeterminação do que seria clamor é exemplificada pela identificação jurisprudencial como sendo: repercussão no seio comunitário, para dar credibilidade a justiça, proteger a paz pública, comoção e abalo social, dentre outros.

Além dessa inconsistência, para Odone o clamor configura-se como sendo inconstitucional para decretar a prisão preventiva para acalmar a sociedade que na maioria das vezes tem sede de vingança diante de um delito, frustrando dessa maneira a finalidade dela que é a de acautelar o processo e não de aplicação de um castigo. Nesse diapasão é oportuno trazer seu entendimento:

[...] o caminho legítimo para acalmar o alarma social - essa espécie de “sede de vingança” coletiva que alguns parecem alentar e por desgraça em certos casos aflora - não pode ser a prisão preventiva, encarcerando por qualquer motivo e ao maior número possível dos que *prima facie* apareçam como autores de fatos delitivos, mas uma rápida sentença sobre o mérito, condenando ou absolvendo, porque somente a decisão judicial prolatada em processo pode determinar a culpabilidade e a sanção penal.”(SANGUINÉ, 2001, p.29)

Ou seja, mais uma vez se denota o raciocínio de que a prisão processual tem natureza cautelar, de servir como instrumento para o regular desenvolvimento processual, de acordo com análise casuística concreta de comprometimento de seus legítimos fins e não como forma penalizadora, considerando que para isso é necessário observa-se o devido processo legal que averigüe a culpabilidade e na sua conclusão condene o sujeito definitivamente e não como forma de servir as vontades extraprocessuais da população. Nos dizeres de Aury Lopes “É importante fixar esse conceito de ‘instrumentalidade qualificada’, pois só é cautelar aquela medida que se destine à esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional” (2015, p.648)

Vale ressaltar que a inconstitucionalidade do clamor público resulta em afronta a vários princípios constitucionais como explica Odone Sanguiné (pag. 2001, p.31) dentre eles está o “princípio da legalidade”, uma vez que a privação de liberdade não é regra e sim exceção, sendo por isso necessário para sua decretação a observância pelo magistrado dos requisitos legais taxativamente previstos, não podendo ser aplicadas por analogia, exceto se for em benefício do acusado. As cautelares como um todo estão submetidas a esse princípio;

A violação ao princípio da presunção de inocência é um limite finalístico para prisão preventiva, a fim dela não ser aplicada como pena antecipada. Até que não seja considerado culpado por decisão condenatória, pode até lhe ser aplicada prisão, mas esta não deve ter a finalidade de castigo (penal – preventiva geral e especial) senão para acautelar o processo. Se for aplicada com finalidade de retribuição, fere o limite constitucional.

Ademais ofende também o princípio da proporcionalidade, onde a prisão provisória deve ser aplicada de acordo com a finalidade prevista na lei, senão for dessa maneira desagua num abuso de poder. Diante disso a prisão não deve ser aplicada pelo fundamento do clamor público que não tem previsão legal, mesmo que muitos tentem o inserir no contexto indeterminado de garantia da ordem pública. Se a prisão processual não for aplicada conforme os fins previstos, é por isso considerada inconstitucional pela observação desse princípio de vedação do excesso, à luz da necessidade e da adequação que deve exigir tal medida restritiva cerceadora.

Nesse contexto de inconstitucionalidade do clamor público está o papel dos meios de comunicação em sua potencialização, é o que conduz Aury Lopes:

O 'Clamor público', tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com opinião pública, ou melhor, com a opinião 'publicada'. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas operações com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão [...]. (LOPES Jr, 2015, p.649).

Trata-se do papel que os meios de comunicação em geral podem fazer, pois estão imbuídos de interesses próprios e que na maioria das vezes a opinião que trazem não retratam a realidade e a verdadeira opinião pública e sim a opinião dos próprios veículos de comunicação.

Será tratado no próximo tópico sobre a relação da mídia e o clamor público.

4.3 A Mídia como Potencializadora ou Influenciadora do Clamor Público

A mídia se manifesta por todos os meios de difusão possíveis, dentre eles: televisão, rádio, internet, jornais e revistas. Ela atua como meio de comunicação ágil, que propicia manter a sociedade informada, por essa incumbência, a mesma pode ser benéfica e nociva, quando não atua dentro dos limites que lhe foram atribuídos.

Judson Almeida (2008, n.p.), esclarece que a mídia possui um título próprio que declara seu direito amparado na nossa Carta Magna, mais precisamente no artigo 5º, inciso IV e artigo 220.

Segundo alerta Odone sanguiné (2001, p.30) a opinião pública por vezes pode ser irracional e potencializar abusos, pois pode ser manipulada pela imprensa e órgãos políticos que por possuírem interesses obscuros intensificam o clamor para ter sua relevância jurídica assegurada. Assim assiste razão a doutrina que resiste a legitimação do decreto da preventiva nos moldes de satisfazer a coletividade psicologicamente, pois no Estado Democrático de Direito em que vivemos atualmente estaria pondo em risco o preceito constitucional de presunção de inocência e a liberdade do indivíduo como regra.

Nessa linha, está Kathiane Bandeira (2007, p.231-2) ao retratar que a mídia molda a opinião pública, apresentado narrativas fáticas como “verdades”. Porém essas verdades são construídas, mas não trazem o outro lado da situação para que a opinião pública tenha um raciocínio crítico e dessa forma acreditem nessas “verdades”. Com efeito o clima de insegurança retratado pelos meios de comunicação, mantém o ideal de dominação por aqueles que detêm o poder de decisão de quem é criminoso perigoso ou não, bem como a maneira que devem ser combatidos para garantia da segurança social, aqui se vislumbra o anseio do clamor sem a natureza cautelar da aplicação da preventiva, uma vez que, clamam por uma prisão através de juízos valorativos de culpabilidade criados e não pela efetiva necessidade concreta processual.

Nesse entendimento, o autor Judson Almeida (2008, s/p) dispõe que seria a mídia desrespeitadora de sua função social assegurada na Constituição Federal ao não agir cumprindo seu papel de transmitir informações condizentes com a realidade dos fatos e sendo uma mídia sensacionalista que não tem compromisso com a ética

e a realidade dos fatos passa a falsa ideia de sociedade mergulhada em crime, pois atrai a curiosidade das pessoas fazendo despertar sentimento de vingança e maior ação punitiva do Estado.

Ilustremente, Juliana Lacerda (2013, n.p.) tratando sobre essa influência midiática no processo penal brasileiro, dispõe que os órgãos midiáticos manipuladores da sociedade, difundem informações imparciais ao invés de trazer os fatos à tona como verdadeiramente o são, que dessa maneira afrontam os princípios da Presunção de Inocência, Imparcialidade do juiz em que sua ideologia pode não ser neutra por estar inserido num contexto modulado pela mídia. Segundo Juliana, direitos como honra e intimidade são violados por transmissão de notícias equivocadas.

Salienta ainda, que a mídia influência na potencialização do clamor público e consequente anseio social pelo suposto autor do crime que muitas vezes é acatado pelos órgãos da justiça ao decretar sua prisão sob este fundamento como forma de dar credibilidade a justiça afrontando o princípio da legalidade, já que prisão é medida excepcional sendo aplicada conforme previsão legal e preenchimento dos requisitos e não por hipótese extraprocessual: clamor social.

Exemplo de uma maneira que a mídia se manifesta de maneira negativa é trazido por Carla Mello:

Supostas práticas criminosas são veiculadas pela mídia de maneira imprudente e sensacionalista. São eleitas como objeto de exploração e se potencializam ao serem divulgadas pelos meios de comunicação, causando um clamor público desmedido. Indivíduos são execrados em flagrante ultraje ao princípio da presunção de inocência. (MELLO, 2010, p.116)

Diante desse exemplo, Carla Melo (2010, p.116) esclarece que a mídia age controlando as liberdades e ditando opiniões. Mas se torna perigoso acreditar em tudo que é difundido, pois as informações podem ser distorcidas para atrair telespectadores. Para ela, os jornalistas manipulam informações de acordo com seus interesses e mais especificamente quanto ao tema crime, distorcem informações jurídicas e as divulgam incessantemente, causando temor e insegurança na população, ou seja, acaba influenciando o clamor público.

Seguindo a mesma percepção das práticas criminosas Kathiane Bandeira (2007, p.231-232) explica que há uma distorção do que as pessoas sabem da criminalidade e do criminoso causada pela maior cobertura da imprensa em certos tipos de crimes de interesse jornalístico, que cria estereótipos para manter um consenso da prática de alguns crimes, quem os comete e quem pode se enquadrar como vítima, porque a produção das notícias é feita com o intuito socioeconômico, pois com o exacerbado apelo sensacionalista acaba por implicar em maior audiência e dessa maneira maiores ganhos para os meios de comunicação.

Ainda quanto a influência da mídia como moduladora de opinião e por isso ensejadora do clamor social, o autor Arthur Queiroz (2011, p.244) argumenta que pode a mídia influenciar no decorrer do processo e conseqüentemente nos atores processuais, a exemplo do juiz, por ser formadora de consciência social e individual. Ele salienta que, muito embora os meios de comunicação sejam importantes para informar a população, pecam e extrapolam os limites de sua atuação, ao adentrar em matérias técnicas-jurídicas e por isso de competência da justiça (processar, julgar executar suas decisões) e de seus atores. Ademais, se torna nociva ao extrapolar os limites e violar princípios constitucionalmente assegurados como Presunção de Inocência. Ratificando seu entendimento:

É evidente que, a mídia pode e deve desempenhar um importante papel no desenvolvimento de uma democracia plena e saudável. Todavia, não se pode esquecer que os corriqueiros abusos, excessos e irresponsabilidades que circundam a atividade jornalística diariamente, conduzida pela sanha sensacionalista de expor ao máximo estes tipos de notícias [...] (QUEIROZ, 2011, p.244)

Mais uma vez por esse trecho, é confirmada a noção de que pode haver uma construção pelos meios de comunicação que influenciam a população de maneira irreal na maioria das vezes e que por isso, pode também influenciar a decisão do juiz, o fazendo decretar a preventiva nos moldes do clamor social, porém é salutar registrar que a prisão apregoada pelo magistrado não deve surgir de critérios meramente discricionários e subjetivos, devendo ser imposta por critério objetivo, alicerçado na legislação e nos autos que mostrem a concretude da necessidade ou não da preventiva, sendo que o clamor público não é previsto legalmente como hipótese de decretação de prisão.

Ademais, nesse contexto decisório do juiz e encerrando esse ponto importante sobre a mídia potencializadora do clamor social, é bom trazer à baila o que Camile Eltz de Lima delinea:

[...] convém esclarecer que a mídia também é responsável por essa dramatização da violência. Atua de forma sensacionalista, fazendo da exceção a regra, criando na sociedade um clima de tensão, acabando, desta forma, por difundir larga e erroneamente a ideia de que liberdade é sinônimo de impunidade. Portanto, os julgadores não podem ser influenciados pelos meios de comunicação que, na maioria das vezes, dramatizam ao extremo certos fatos típicos, pois se isto suceder a prisão preventiva tornar-se-á obrigatória.(LIMA, 2003, p.157).

Esse texto traz significado para a atribuição do julgador num Estado Democrático de Direito, que deve estar intrínseca a sua atuação jurisdicional que é a imparcialidade, pois o mesmo deve estar afeito a situações que lhe forem realmente demonstradas nos termos dos autos e em observância do que ditam as normas para que o decreto da prisão processual tenha o caráter de fato excepcional e não o lado adverso, a regra. Sobre essa imparcialidade tratará o próximo ponto.

4.4 O Papel do Magistrado que tem o Poder de Decretar a Preventiva

Desde o início deste trabalho, foi demonstrado o papel de importante valia que o juiz deve ter na consecução de sua atividade que é o da análise detalhada da situação que for objeto de sua jurisdição e sua possível solução, para tomar a medida possível de acordo com os ditames da proporcionalidade, bem como a imposição constitucional da necessidade de motivação de suas decisões para serem consideradas válidas, disposto no artigo 93, IX da CF, bem como no decorrer dos dispositivos do CPP que faz menção a isso. Significando segundo Juliana Garcia Belloque uma garantia que “atua no plano político e também no processual, assegurando o caráter cognoscitivo das decisões judiciais, a imparcialidade do magistrado e a observância da legalidade.” (BELLOQUE, 2005, p. 326)

A motivação das decisões judiciais constitui-se como sendo uma garantia de fiscalização da sociedade de que as decisões do juiz sejam obrigatoriamente

fundamentadas nos ditames da lei, e que não desaguem em arbitrariedades, sob pena de acarretar sua nulidade.

Trazendo para o tema em questão, vimos que não há conceito definido do que seria 'para garantia de ordem pública' prevista dentre as situações do artigo 312, o que é questionável pela vaguidade dessa significação e que por isso não pode se dar situações que não sejam de natureza cautelar. Diante disso, há um trabalho maior do julgador que tem o poder de decisão por aplicar ou não tais medias, e, sobre isso enaltece Juliana Belloque:

Segundo BELOQUE (p.325-6, 2005) até que não haja uma modificação quanto a garantia da ordem pública como motivo pra decretar a preventiva, para retirar-la ou reduzir a discricionariedade do juiz e sua escurreita observância à proporcionalidade, já que a expressão não tem definição precisa do que seria, os tribunais devem agir como guardiões do preceito constitucional da fundamentação das decisões do julgador. Já que é possível perceber que muitos juízes não expressam as razões concretas e sim utilizam expressões preconcebidas e por isso inidônea para a decretação de medidas cautelares.(BELLOQUE, 2005, p.325-6)

Nesse contexto, Juliana Belloque (2005, p.330) menciona que essas expressões preconcebidas se constituem como vícios comuns da motivação do juiz ao fazer mera referência às palavras da lei e o uso de expressões genéricas que podem se encaixar em várias situações e se as decisões forem tomadas nessa formatação reveste-se da mácula de nulidade.

A autora tratou da ideia dos tribunais serem guardiões da obrigatoriedade da devida motivação, e aqui nesse contexto, insere-se o estudo de Camile Eltz de Lima (2003, p.149) sobre a teoria garantista da esfera penal de Luigi Ferrajoli que tinha o intuito de mostrar como se daria a efetivação de direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna e delineava um modelo de intervenção penal mínima do Estado perante o indivíduo numa ótica racionalizada de evitar violações à esses direitos e garantias, sendo uma ferramenta contra arbitrariedades que pudessem ocorrer.

Dentro desse aspecto processual penal garantista, o juiz teria a incumbência de ser guardião dos direitos constitucionais assegurados ao acusado e, por conseguinte, evitar abusos. Devendo observar na tomada de decisões não somente

a letra da lei, mas a atenção ao que dispõe a constituição que está num patamar superior de hierarquia e validade dessas normas no nosso ordenamento jurídico. E, nesse ponto para que o juiz decida a autora assenta:

[...] para que o juiz possa atuar como garantidor, é imperioso que esteja, antes de tudo, distanciado das partes. Isto significa que o mesmo deve ocupar uma posição *super partes*, uma vez que a relação triangular jurídico-processual-penal – *actum trium personarum* – é composta por três sujeitos, dos quais dois são partes (acusação e defesa) e um terceiro ocupa uma posição *super partes* (juiz). Também é preciso que não tenha nenhum tipo de interesse no caso, que esteja distante, alheio ao processo, bem como seja independente de qualquer outro poder – saliente-se que a independência é pressuposto para que seja imparcial, pois jamais conseguiria sê-lo se não estivesse livre de coações, de influências e ameaças.”(LIMA, 2003, p.151).

Diante disso é imperioso destacar que o juiz deve estar revestido perante o caso de sua posição imparcial e independente de influências externas como as pressões do poder midiático que circundam a potencialização do clamor público – que ora, é inconstitucional – e sim devendo-se dar estrita atenção a legalidade e as situações previstas nos autos que denotem a concretude e real exigência de se decretar a prisão preventiva.

Nesse sentido é que assevera Odone Sanguiné (2001, p.29-31) argumentos como decretação para combater delitos, trazer calma entre os cidadãos e remediar o clamor público não se perfazem como plausíveis à luz da finalidade cautelar da prisão processual que é o de assegurar o regular andamento do processo e não o de antecipar a pena. E mais, se para aplicação da preventiva se utilizasse como legitimador o alarme social, estaria havendo um alargamento da política de ordem pública e com isso abriria margem discricionária do juiz ao decidir baseado pelas informações policiais num primeiro momento e pela mídia intensificadora do clamor social conforme seus interesses econômicos e políticos.

No que tange a real preponderância da decisão Camile Lima diz que “[...] é justamente por meio da motivação que será possível determinar se o saber predominou sobre o poder [...]” (2003, p.151), ou seja, a decisão deve ser proferida por estrito cumprimento do exercício do conhecimento jurídico e não por arbítrio jurisdicional consubstanciado em pressões alheias a esse entendimento (aqui se

enquadra o clamor), principalmente quando se trata de cerceamento da liberdade do indivíduo.

Caso não fundamente sua decisão perante a égide dos requisitos legais e na real necessidade no caso concreto de aplicação de tal restrição de liberdade, se assim não o fizer, legítima será a soltura imediata do acusado pela patente ilegalidade. É válido destacar o pensamento de Aury Lopes:

É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida nos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.(LOPES Jr. 2015, p.640).

Mais uma vez é convencionado que a imparcialidade do juiz deve existir sempre em qualquer decisão e fundamentalmente na que pode restringir o direito de liberdade que o indivíduo tem, e para isso deve se afastar do apelo social, que como vimos pode estar viciado pela enxurrada de informações sensacionalistas que os meios de comunicação podem difundir, e estar voltado no contido nos autos do inquérito ou do processo para decidir, já que se perfaz de atividade vinculada ao poder judiciário e não devendo dessa forma ceder a clamores populares, pois não são dotados de concretude a natureza cautelar da prisão preventiva.

4.5 O que a Jurisprudência entende pelo Clamor como Fundamento da Garantia de Ordem Pública

Após travar uma grande pesquisa acerca do que são as medidas cautelares de forma sistematizada, perpassando pelas medidas diversas da prisão previstas no artigo 319 e 320 do CPP, avançando para o conteúdo das prisões processuais que comportam a temporária e preventiva, estudadas ponto a ponto. Chegamos a circunstância da garantia de ordem pública para o decreto da prisão preventiva e vimos que nela incluem inúmeras situações por não haver um delineamento do que efetivamente seria. E, no estudo desse fundamento analisamos as diversas posições dos doutrinadores que pacificamente não a legitimam e a enquadram como sendo

inconstitucional, entretanto, dentre eles excepcionalmente está a posição de Guilherme Nucci que de forma pontual a legítima.

Pois bem, depois da visão dos doutrinadores que em suas obras literárias e artigos científicos, cumpre agora dispor sobre o que os Tribunais Superiores entendem pelo fundamento do clamor público como sinônimo de garantia da ordem pública. No Recurso ordinário em sede de Habeas Corpus julgado pelo STJ, vemos a situação de ausência de fundamentação para a imposição da prisão e o enaltecimento do caráter de revestimento de cautelaridade:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR.** FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. 1. **A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional**, devendo ser imposta, ou mantida, **apenas quando atendidas**, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), **as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.** 2. No vertente caso, **a decisão que decretou a prisão preventiva está desprovida de fundamentação concreta, não indicando de que forma a liberdade da paciente colocaria em risco a ordem pública.** 3. **A gravidade abstrata do crime ou a menção de que a ordem pública estaria abalada por infrações dessa natureza consubstanciam a ideia de prisão cautelar obrigatória, não mais aceitável no Estado Democrático de Direito.** 4. Recurso ordinário em habeas corpus provido, a fim de garantir à paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento da ação penal em referência, se por outro motivo não estiver presa. (STJ - RHC: 34968 RJ 2012/0274060-2, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 20/08/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2013) **(Grifos Nosso)**

Especificamente sobre o fundamento do clamor público está a decisão abaixo de Habeas Corpus, que com clareza declara que ele não justifica a custódia cautelar, ressaltando mais, seu caráter excepcional em observância ao princípio da presunção de inocência:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE NÃO DEMONSTRADA. NECESSIDADE DE COIBIR NOVOS CRIMES NÃO EVIDENCIADA. RÉUPRIMÁRIO. **CLAMOR PÚBLICO QUE NÃO JUSTIFICA A CUSTÓDIA CAUTELAR.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL VISLUMBRADO. ORDEM CONCEDIDA. I. **A prisão cautelar é**

medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos na legislação de regência, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva. II. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator aferido dos autos apto a demonstrar a necessidade de ver resguardada a ordem pública em razão do modus operandi do delito e da periculosidade do agente, reconhecidamente primário. III. A simples menção aos requisitos legais da custódia preventiva, à necessidade de manter a credibilidade da justiça e de coibir a prática de delitos graves, assim como o clamor público não se prestam a embasar a segregação acautelatório, pois não encontram respaldo em qualquer circunstância concreta dos autos. IV deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão que decretou a prisão preventiva, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação idônea. V. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ - HC: 212202 PB 2011/0155483-8, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 26/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2012) (Grifos Nosso)

Ademais, vislumbra-se também no caso abaixo de Habeas Corpus que o clamor social se perfaz de motivação inidônea para o decreto da prisão preventiva, pois tal prisão é dependente de evidência concreta de sua real necessidade:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. **PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CLAMOR PÚBLICO, INSEGURANÇA SOCIAL E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA.** PERICULOSIDADE DO AGENTE. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL A QUO COMPLEMENTAR A FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. As Turmas que compõem a Terceira Seção vêm adotando o recente posicionamento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (HC n. 109.956/PR, Ministro Março Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 108.181/RS, Ministro Luiz Fux, DJe 6/9/2012; e, em decisão monocrática, HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012) segundo o qual é inadmissível o emprego do writ em substituição a recurso, considerada a expressa previsão de remédio próprio no texto constitucional. 2. Em casos excepcionais, estando o Superior Tribunal de Justiça diante de manifesto constrangimento ilegal, impõe-se a expedição de ordem de habeas corpus. **3. A**

jurisprudência diz que a prisão que antecede a condenação transitada em julgado só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência. Diz também que não cabe ao Tribunal acrescentar motivação em decisão que pecou por sua carência. O habeas corpus não é ação de mão dupla, decorrendo dessa premissa a impossibilidade de órgão julgador vir a suplementar, em termos de fundamentos, o ato atacado (STF, HC n. 109.678/PR, Ministro Março Aurélio, Primeira Turma, DJe 8/11/2012).

4. Inidônea é a motivação do decreto da custódia cautelar com base na gravidade abstrata do delito, no clamor público e na insegurança social que o crime gera, pois tais elementos não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade. 5. No caso, a despeito do fato de se tratar de suposto roubo circunstanciado, notadamente não está demonstrada, de forma concreta, a imprescindibilidade da prisão cautelar do paciente. E o Tribunal estadual, em contraposição ao permitido, agregou, quando do julgamento do habeas corpus ajuizado pela defesa, fundamento não considerado na origem, para manter a decisão de primeiro grau. Evidente, pois, o constrangimento ilegal. 6. Habeas corpus não conhecido por vir como substitutivo de recurso ordinário. **Ordem expedida de ofício, para determinar seja recolhido o mandado de prisão emitido contra o paciente, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, e com a ressalva de que é possível a aplicação de outra medida cautelar pessoal, se demonstrada a necessidade.**(STJ - HC: 266736 SP 2013/0077345-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 02/05/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/05/2013) (Grifo Nosso)

Nessa decisão há um ponto importante que deve ser trazido à tona, referente ao caso de ser demonstrada concretamente a necessidade de custódia, bem como a possibilidade de aplicação das medidas diversas da prisão se necessário, é o que sugere o autor Aury “[...] dependendo do caso, a situação pode ser igualmente tutelada sem que se recorra a prisão preventiva. Daí porque deve sempre preferir a cumulação de medidas ou adoção de outra mais grave, reservando a prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema.” (LOPES Jr, 2015, p.640).

Essas jurisprudências são meramente exemplificativas, pois existem inúmeras outras que ressaltam a mesma posição no sentido de que o fundamento do clamor para garantia de ordem pública para o decreto da preventiva não merece guarida, diante de que como medida excepcional deve ser imposta se perante o

caso concreto houver fundado comprometimento do fim de assegurar o bom funcionamento do processo.

5. CONCLUSÃO

Esta presente obra/pesquisa buscou demonstrar o universo do decreto da prisão preventiva sob o fundamento da garantia de ordem pública como sinônimo de clamor público. Nessa finalidade foi preciso perpassar diversos assuntos atinentes a mesma para fazer situar tal prisão no ordenamento jurídico brasileiro por meio do desenvolvimento da busca bibliográfica, por artigos científicos, bem como pelo entendimento da jurisprudência, como tentarei resumir nos parágrafos abaixo.

O segundo capítulo tratou de delinear onde a medida de prisão cautelar se encontra no arcabouço jurídico, que é no capítulo sobre as medidas cautelares, embora esteja em artigos diversos da seção que não no rol expresso no artigo 319 do CPP das medidas diversas da prisão, mostrando suas peculiaridades dentre elas, o seu caráter de alternatividade e substitutividade da imposição da medida severa de privação de liberdade em sede de inquérito ou no curso do iter processual.

Após esse delineamento, vimos no terceiro capítulo o ponto específico das prisões processuais que são aplicadas até que não haja uma sentença definitiva que averigue a culpabilidade do agente, a sua natureza cautelar que deve se prestar com o fito único e exclusivo de proteção do andamento processual e diante disso, a prisão para ser decretada deve seguir os ditames da proporcionalidade que estão embutidos nos critérios de necessidade e adequação da medida severa, nesse viés devendo ser aplicada apenas quando a situação concreta demonstrar a necessidade da imposição quando estiver sendo comprometido o regular processo ou estiver em risco que a eventual aplicação da lei pelo sujeito, pois há outras medidas diversas que podem ser aplicadas ao se adequarem ao caso.

Ainda no terceiro capítulo, houve uma subdivisão em dois temas de caráter cautelar: a prisão temporária e a preventiva. Mostrou-se dentre muitas coisas, os objetivos específicos de ambas, dentre eles no caso da temporária ser objeto

somente de imposição no decorrer do inquérito policial ou outra investigação que consubstancie a mesma finalidade de servir para ingresso com a ação penal, portanto para acautelamento desse momento, bem como por ter prazo definido de duração. Quanto a preventiva, pode ser imposta tanto na fase de inquérito como quando iniciada a ação penal, possuindo prazo não definido e por isso fica a cargo da discricionariedade do juiz que deve ser concentrada no conteúdo concreto dos autos que guarneçam a decretação. Além disso, mostrou-se as circunstâncias que a autorizam e dentre elas está “garantia de ordem pública” podendo estar consubstanciada no clamor social.

É nesse quarto capítulo que chegamos ao ápice da discussão, pois através das diversas visões dos autores pudemos ver que a garantia de ordem pública possui um conteúdo indefinido, impreciso, lembrando que houve a tentativa de se retirar tal vagueza, mas não prosperou não sendo incorporado às alterações trazidas pela lei 12.403/11. Essa indefinição dá margem a que tentem elencar nela várias situações como o clamor público como fundante do decreto com base nesse fundamento da garantia.

Entretanto, foram mostrados os variados autores que não a legitimam como sendo requisito para o decreto, alegando seu teor de inconstitucionalidade, dada a não previsão legal e que por isso acarreta uma ampliação interpretativa em desfavor do indiciado ou acusado, bem como que tal argumento foge do fim cautelar dessa prisão, violando dessa maneira preceitos constitucionais como a Legalidade e Presunção de Inocência.

Nesse contexto, foi ressaltado o papel que a mídia destituída de sua função social pode acarretar na potencialização desse clamor, fazendo-o tomar grandes proporções pela manipulação das informações que impulsionam sobremaneira a sede de vingança que a sociedade possa ter e por isso clama que o indivíduo seja aprisionado como castigo, porém friso que a decretação da prisão cautelar não deve se valer desses contornos, já que não averigua a culpabilidade do sujeito e sim nos critérios processuais finalísticos.

Ademais, foi trazida à tona a atribuição do magistrado, pois este é o detentor do poder de decretar essa restrição de liberdade antes de condenação definitiva, que diante da imprecisão do que estaria abarcado como fundamento no decreto para garantia de ordem pública, tem amplo papel interpretativo e discricionário, entretanto, devendo exercer sua imparcialidade frente a influências externas, como é o caso do clamor social, e focalizar sua atenção no que está contido nos autos que possam exigir o implemento da prisão cautelar, que novamente frise-se, tem cunho instrumental e finalístico de assegurar o bom andamento processual.

Conclui-se diante desta pesquisa, que urge a necessidade de surgimento de uma lei que altere o artigo 312 do CPP, especificamente no que tange à definição do que seria o fundamento do decreto para garantir a ordem pública, tendo em vista que o instituto da prisão preventiva não deve ser banalizado, sob a invocação baseada numa expressão aberta a variadas interpretações, ofendendo a máxima de direito penal e processual penal segundo a qual a interpretação não deve ser extensiva e ampliativa, justamente por estar em jogo à liberdade do indivíduo como regra, amparada pela Nossa Constituição e consubstanciado no Princípio da Presunção de Inocência.

Diante disso, a imposição de cerceamento de liberdade pela prisão preventiva deve estar em consonância com uma interpretação restritiva, ressaltando-se as situações que sejam para beneficiar o réu “In Bonan Partem”. Dessa maneira, até que sobrevenha modificação na lei para trazer situações bem delineadas no contexto de garantia de ordem pública, é indiscutível a incumbência e imposição para o magistrado que deve fixar seu pensamento decisório, estritamente ao que está no processo e que sirva de concretude para resguardá-lo e não ceder a fatores extraprocessuais sob pena de seu ato estar revestido arbitrariedade, que pode ensejar a sanção de abuso de autoridade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p.71-85, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=54450&IndexSrv=1&nomeArquivo=28599.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

ALMEIDA, Judson Pereira. **Os meios de comunicação de massa e o direito penal**: A influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal. FAINOR, 2008. Disponível em: <<http://srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/viewFile/11/26>> Acesso em: 25 abr. 2016.

BONFANTE, Jennifer Martins; DUARTE, Hugo Garcez. **Prisão preventiva sob o fundamento do clamor popular**: análise de sua possibilidade frente à teoria garantista de Luigi Ferrajoli. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=43&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 05 abr. 2016

BRASIL, **Constituição da República federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL, **Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 de outubro De 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL, Lei Nº 7.960, De 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 30 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 266736 SP 2013/0077345-9. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23277466/habeas-corpus-hc-266736-sp-2013-0077345-9-stj>>. Acesso em: 29 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 212202 PB 2011/0155483-8. Relator: Ministro Gilson DIPP. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22036657/habeas-corpus-hc-212202-pb-2011-0155483-8-stj/inteiro-teor-22036658>>. Acesso em: 29 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC: 34968 RJ 2012/0274060-2. Relator: Ministro OG Fernandes. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24223183/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-34968-rj-2012-0274060-2-stj>>. Acesso em: 29 out. 2016.

BANDEIRA, Katherine Lages Contasti. O "positivismo" social e a cultura da agressividade: a punição como fundamentação da prisão. **Revista da ESMAPÉ**,

Recife, v. 12, n. 25, p.217-243, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=63226&iIndexSrv=1&nomeArquivo=41848.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Os fins legítimos da prisão preventiva e sua decretação para a garantia da ordem pública. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, 61/62, p.309-334, jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=60408&iIndexSrv=1&nomeArquivo=37156.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CARNEIRO, Ana Caroline Ferreira Pimentel. **A (in)constitucionalidade do “clamor público” como fundamento para decretação da prisão preventiva**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/12345678706843.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

HEIDEMANN, Juliana. **Prisão provisória versus princípio da presunção de inocência**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12348>. Acesso em: 02 abr. 2016.

LIMA, Camile Eltz de. A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p.148-161, 2003. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=54690&iIndexSrv=1&nomeArquivo=28932.pdf>>. Acesso em: 10 de out. de 2016.

LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LACERDA, Juliana de Andrade. **Análise Crítica acerca da Influência da Mídia no Processo Criminal Brasileiro**. Escola da magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/JulianaAndradedeLacerda.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

MELLO, Carla Gomes de. Mídia e Crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência. **Revista de Direito Público**, Londrina, V.5, N.2, ago 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/wrevojs246/index.php/direitopub/article/view/7381>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

QUEIROZ, Arthur Augusto de Lima. **Glamourização do Crime, Repercussão Midiática e Influência Jurídica**. Aphonline.:Trindade – GO,v.1,n.1,p.197-206,jan./jun.2011. Disponível em: <http://www.aphonsiano.edu.br/novoportal/aphonline/artigos/ARTIGO_ARTHUR.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. (Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 256, p.10-12, mar. 2014. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=87396&iIndexSrv=1&nomeArquivo=65296.pdf>> Acesso em: 10 out. 2016.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 107, p.29-31, out. 2001. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=39124&iIndexSrv=1&nomeArquivo=21045.pdf>> Acesso em: 10 out. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 3**. 35. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. ver. ampl. e atual. Bahia: Juspodvum, 2013.