



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CLAMOR SOCIAL COMO FUNDAMENTO NA PRISÃO PREVENTIVA PARA
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Rafaella Araujo Lessa Chapim

Rio de Janeiro
2017

RAFAELLA ARAUJO LESSA CHAPIM

O CLAMOR SOCIAL COMO FUNDAMENTO NA PRISÃO PREVENTIVA PARA
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O CLAMOR SOCIAL COMO FUNDAMENTO NA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Rafaella Araujo Lessa Chapim

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós Graduada em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – O presente trabalho analisa o clamor social como fundamento na prisão preventiva para garantia da ordem pública. Para tanto, faz-se mister, inicialmente, o estudo do conceito de ordem pública, bem como todas as controvérsias e críticas a um instituto genérico, que pode abarcar diversos tipos de interpretação no momento de decretação da prisão preventiva. Além disso, indaga-se em que medida o papel do magistrado e sua imparcialidade poderiam estar maculados ou influenciados pelo clamor social nessas circunstâncias. Por fim, analisa a prisão preventiva como consequência das pressões midiáticas, quando ocorre um delito que gera uma repulsa social pela sua crueldade e covardia ou pela sua forma grave de execução. Assim, conclui-se que, nada obstante haja forte pressão midiática em diversos casos, o Judiciário vem exercendo seu papel de forma imparcial, aplicando a lei e observando os princípios constitucionais que tratam a prisão como medida de exceção. Para tanto, baseia-se nas legislações pertinentes ao tema bem como nos ensinamentos doutrinários e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Palavras-chaves – Direito Processual Penal. Prisão Preventiva. Manutenção da Ordem Pública. Clamor Social.

Sumário – Introdução. 1. As controvérsias acerca da ordem pública ser fundamento da prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio. 2. O papel do magistrado e sua imparcialidade frente ao clamor social na decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. 3. A prisão preventiva como consequência da pressão midiática: os limites e alcances do clamor público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca a temática do clamor social como fundamento na prisão preventiva para garantia da ordem pública. Procura-se demonstrar que o clamor social e a repercussão social de um crime sempre estiveram sob discussão quando da necessidade de decretação ou manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Para tanto, objetiva-se discutir se as decisões a respeito de prisão preventiva para manutenção da ordem pública podem estar subsidiadas de fundamentos puramente baseados na repercussão do caso ou nos anseios sociais, que geram um clamor público.

No que concerne à prisão preventiva, trata-se de medida extrema e excepcional, de *ultima ratio*, considerando que cerceia a liberdade individual, devendo ser sempre analisada sob o prisma do princípio constitucional da presunção da inocência, com a evidente demonstração dos motivos necessários a autorizar o decreto prisional.

Partindo desse pressuposto, a medida constritiva a ser decretada deve atender ao binômio adequação e necessidade, que se desdobram do princípio da ampla defesa, resguardado pelo manto constitucional, além do dever em observar o contraditório e o devido processo legal.

Dessa forma, a fundamentação de tal medida extrema deve basear-se exclusivamente em fatos concretos e nos requisitos legais, não sendo suficientes para sua imposição, a repulsa social inerente ao crime, ou mesmo a gravidade do delito, que naturalmente gera um clamor público com forte repercussão.

Tais circunstâncias, assim, favorecem as seguintes reflexões: a definição de “ordem pública” está desvirtuada, uma vez que se trata de conceito jurídico indeterminado? Estariam comprometidos ou mitigados o livre convencimento e imparcialidade do magistrado no momento a decretar ou manter uma prisão preventiva para manutenção da ordem pública? E qual seria o limite para que o clamor público e a repercussão social de um crime influenciassem na decretação ou manutenção da prisão preventiva?

O tema é bastante polêmico e vem sendo debatido em recentes decisões, inclusive da Suprema Corte Brasileira.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentá-lo a partir da análise da doutrina acerca do tema, com escopo de alcançar a relevância jurídica pretendida, além de discutir como as pressões da vontade da coletividade e das convicções da sociedade influenciam as decisões judiciais, especialmente no que tange às prisões preventivas sob o pressuposto da garantia da ordem pública.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando o conceito de ordem pública, como conceito jurídico indeterminado, com escopo de verificar se ocorreu a sua desvirtuação.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a fim de defender a atuação do magistrado, com o resguardo de sua imparcialidade e do seu livre convencimento nas decisões acerca da prisão preventiva, sem ceder às pressões inerentes são clamor público que permeia um crime de repercussão social negativo.

O terceiro capítulo destina-se a examinar qual seria o limite e alcance do clamor social nas decisões de decretação ou manutenção de uma prisão, considerando que o

encarceramento do indivíduo deve ser medida de exceção, na exata proporção de sua necessidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Por conseguinte, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, como legislação, doutrina e jurisprudência e artigos jurídicos, para sustentar a sua tese.

1. AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA ORDEM PÚBLICA SER FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O sistema processual penal brasileiro deve salvaguardar os direitos e garantias fundamentais, além de observar os princípios constitucionais que lhe são norteadores. Assim, ganham destaque, nas ciências criminais, a presunção da inocência, a dignidade da pessoa humana, a ampla defesa e o contraditório, bem como o devido processo legal, princípios que se prestam a proteger a liberdade individual.

Partindo dessa análise, José Cretella Jr.¹ assevera que:

A palavra princípio é termo análogo, isto é, suscetível de inúmeros sentidos, todos, porém, ligados pelo menos por um ponto de contato comum. Princípio é, antes de tudo, ponto de partida. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência.

Com acerto, os princípios constitucionais penais precisam ser o ponto referencial para a interpretação e aplicação das normas, bem como na medida da persecução penal, e na busca da pretensão punitiva e executória estatais. Alicerces a sustentar o próprio Estado Democrático de Direito.

Não obstante ser a liberdade um direito inviolável², no âmbito do direito penal, acaba por colidir com a segurança, sendo imprescindível realizar a ponderação de direitos. Isto

¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 128-129.

porque, por mais relevante que seja a liberdade do indivíduo, ela não pode ser a escusa de não se aplicar a devida sanção, a pena estabelecida pelo Estado, o que eventualmente fomentaria a prática de crimes.

Nessa linha tênue, e na busca para assegurar um sistema harmônico, faz-se necessário destacar que o cerceamento precisa ser medida excepcional, uma vez que a liberdade será a regra a ser seguida.

A esse respeito, a prisão passa a ser enxergada como medida tipicamente cautelar, *ultima ratio*, que somente será adotada se for inevitável. No mesmo sentido estão as prisões preventivas, que são decretadas com o escopo de assegurar a eficácia jurisdicional, que eventualmente pode restar prejudicada se não houver o necessário encarceramento do indivíduo.

Esse é o ensinamento de Aury Lopes Jr.³, que afirma que “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”.

Ao assegurar o processo, a prisão cautelar, especialmente a preventiva, deve ser fundada em critérios legais, requisitos estabelecidos, para que não se abra caminho a erros, por vezes, irreparáveis.

Significa dizer que o binômio “adequação e necessidade” deve sempre pautar as decisões acerca da prisão preventiva, conjuntamente com a proporcionalidade e razoabilidade.

No que concerne às prisões preventivas, cumpre esclarecer que existem fundamentos e requisitos a serem seguidos para que sua decretação seja legal. O artigo 312 do Código de Processo Penal afirma que deverão ser observados alguns critérios, como a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nota-se que no aludido dispositivo estão consignadas quatro hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva, dentre as quais não se arrola o clamor social, não podendo ser este fundamento para decretação ou manutenção da prisão preventiva, conforme veremos ao longo deste estudo.

² Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*: art. 5º, caput. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 abr. 2017.

³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 599.

Para tanto, interessa-nos abordar questões afetas à “ordem pública”, com escopo de verificar se ocorreu a sua desvirtuação, uma vez que é um dos fundamentos a justificar medida tão drástica que compromete seu direito de liberdade.

Em se tratando de ordem pública, vem a ser um conceito jurídico indeterminado, que se vincula ao pressuposto de que se o indivíduo permanecer em liberdade, ele voltará a cometer delitos, comprometendo a própria segurança da sociedade, e a paz social.

No entanto, a definição de ordem pública vem a ser de difícil definição, podendo ganhar contornos de um perigoso controle social⁴. E essa expressão é severamente criticada, uma vez que a prisão preventiva deveria ter por base critérios de fácil constatação pela lei. O professor Pacelli⁵ afirma também que:

Percebe-se, de imediato, que a prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

Assim, na busca pelo estado de paz e defesa social, e ainda pela identificação desses sujeitos contumazes na prática de crimes, acaba por utilizar requisito por demais abrangente, que vem a ser a ordem pública. Pode-se dizer que se a prisão preventiva será meio legal desde que a liberdade de alguém signifique ameaça à ordem pública, sendo o confinamento desse indivíduo, medida apta a garanti-la.

Além disso, para alguns autores, a ordem pública, pode ser confundida com o clamor público, o que torna a opinião pública vulnerável, com risco de manipulação das massas pelos meios de comunicação. E, portanto, não são cautelares e nem tutelam o processo, sendo a ordem pública um fundamento inconstitucional⁶.

Com isso, para que a ordem pública seja usada como fundamento na decretação ou manutenção da prisão preventiva, ela precisa estar fulcrada em fatos concretos, que evidenciem um perigo real que a liberdade do sujeito representa segurança da paz social.

Não se trata, ao nosso sentir, de pressupostos sem qualquer embasamento, ou sob critérios subjetivos e genéricos, devendo ser amplamente demonstrada o risco que o sujeito oferece, apontando seu grau de periculosidade no meio social, e que sua liberdade oportunizará a reiteração de condutas criminosas.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 556.

⁵ Ibid.

⁶ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 664-665.

Se por um lado parece muito preciosismo, por outro devemos ressaltar que a prisão cerceará a liberdade individual, e por isso deve ser medida usada com cautela. Assim, não pode ser a ordem pública um conceito banalizado, a ser usado sem qualquer tipo de critério.

Hodiernamente, muito se tem discutido acerca deste fundamento, e apesar dos pontos divergentes, uma conclusão convergente vem a ser quanto a sua difícil definição.

No que diz respeito à prisão para garantia da ordem pública, entende o douto Aury Lopes Jr.⁷:

Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o “restabelecimento da credibilidade das instituições”. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para este fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida.

Assim, apesar de ser uma medida polêmica, entende-se como medida adequada na persecução processual, além de ser instrumento de controle social, considerando o aumento da criminalidade e a impunidade dos criminosos. Mas ressaltamos que não pode ser a “ordem pública” banalizada. Deve ser, portanto, interpretada a partir dos princípios basilares do direito processual penal, como vimos.

Em virtude dos aspectos abordados, considerando que o direito de liberdade não se sobrepõe à segurança, temos a prisão preventiva para a garantia da ordem pública como ferramenta para a consecução de um Estado Democrático de Direito. Sendo assim, torna-se aceitável a eventual segregação cautelar de uma pessoa contumaz à prática criminosa, em última análise, pelo princípio da supremacia do interesse público.

2. O PAPEL DO MAGISTRADO E SUA IMPARCIALIDADE FRENTE AO CLAMOR SOCIAL NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O processo penal rege-se por uma série de regras e princípios basilares, que refletem as políticas processuais adotadas pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, a fim de garantir os interesses sociais mais íntimos, assim como a liberdade individual dos cidadãos.

⁷ Ibid, p. 666.

Nesse sentir, cabe citar diversos princípios essenciais ao sistema processual brasileiro, como dignidade da pessoa humana, igualdade das partes, paridade de armas, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, publicidade, presunção da inocência, duplo grau de jurisdição, entre outros.

Nada obstante todos serem fundamentais ao desdobramento instrumental do processo penal, existem aqueles princípios inerentes ao atuar do magistrado nesse âmbito do direito, especialmente na decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Assim, não se pode fugir às conjecturas que emergem, tais como se estariam comprometidos ou mitigados o livre convencimento e imparcialidade do magistrado no momento a decretar ou manter uma prisão preventiva para manutenção da ordem pública, considerando o clamor social de determinados delitos.

Cumprido ressaltar, que a imparcialidade vem a ser o ponto de partida do atuar do Estado-juiz em sua missão de dirimir conflitos, garantindo os direitos a cada uma das partes envolvidas no processo, o que estaria impossível com um juiz parcial. Trata-se da garantia da jurisdicionalidade, bem como do direito do juiz natural no processo penal.

Acerca da atuação do magistrado no processo penal, ensina Nicolit⁸ que:

O juiz figura no processo com a missão de prestar jurisdição, gozando assim de poderes e deveres inerentes à sua atividade. Atua como presidente ou diretor do processo. Sua posição perante as partes é de equidistância, devendo manter sempre a imparcialidade, sua principal característica. Aliás, a Comunidade Europeia apropriou-se do princípio inglês - *justice must not only be done, it must also be seen to be done* - para afirmar que em um regime democrático não basta ao Judiciário ser imparcial, deve parecer imparcial.

Com efeito, para que atue de forma imparcial, ao juiz são conferidas prerrogativas de independência, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, observadas as questões de impedimento, incompatibilidade e suspeição, ocasiões fáticas em que deixaria de atuar.

Assim, para que exerça um papel garantidor de direitos e deveres, não basta ter um juiz, faz-se mister que ele mantenha consigo qualidades e prerrogativas peculiares, que reforcem e assegurem o desempenho de suas funções, como as que foram mencionadas, entre outras.

Acerca do assunto, assevera Aury Lopes Junior⁹ que legitimidade do juiz, em verdade, “não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade

⁸ NICOLIT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 411.

⁹ LOPES JUNIOR, op. cit., p.53.

dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada em democracia substancial”.

Em se tratando do livre convencimento, outro princípio inerente ao papel do juiz na decretação da prisão preventiva, consagrado no art. 155, do Código de Processo Penal, abarcando a idéia de *quod non est in actos non est in hoc mundo*, ou seja, o que não estiver no processo, não existe no mundo. O que está intimamente ligado à vedação da parcialidade, pois o juiz não pode fugir do apresentado nos autos.

Mas, e quando existe alarde social em crimes tidos como repulsivos, que causam grande comoção? Ou ainda que pressionam o atuar do magistrado, tendendo a direcionar a opinião pública para determinada inclinação jurídica? A resposta, muitas vezes, são duras críticas tecidas, como a seguir:

A “Comoção social”, “periculosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pela rádio ou televisão”, “credibilidade da Justiça”, “idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica “ordem pública”. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? (...) é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros “sismógrafos”, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de “garantir a ordem pública”, sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e de maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária.¹⁰

Conquanto tal entendimento acerca do tema, não vem a ser este o comportamento adotado pelos Juízes e Tribunais. Como é cediço, ao magistrado cumpre zelar pelo bom cumprimento da Constituição Federal e dos direitos postos à sua análise, seguindo os ditames estritamente legais. A saída, nesses casos, vem a ser a regra constitucional da motivação dos atos (art. 93, IX, da CRFB/88), que resguarda não somente o juiz, como também o devido processo legal.

Não se estar a negar que o magistrado deve atuar sem ceder às pressões inerentes ao clamor público que permeiam um crime de repercussão social negativo. No entanto, não pode fugir da sua atuação a decretação da prisão preventiva pela reserva de jurisdição a ele inerente.

Precisamente com base nisso, quanto à reserva de jurisdição, existem determinados assuntos em que “cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira”¹¹, ou seja, em assuntos como a decretação da prisão são da esfera de apreciação exclusiva do magistrado, não cabendo a qualquer outro órgão ou autoridade.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 640.

¹¹ NICOLITT, op. cit., p. 716.

No direito, assim, segue duas tendências para regular suas regras, como ensina Günther Jakobs¹²:

Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Dessa maneira, não se refuta a atuação do magistrado em situações em que se exige a retirada do “inimigo” do seio social, como forma de proteger a coletividade da sua “periculosidade” em se manter livre. Para tanto, não há perseguição criminal a qualquer custo.

Cumprido então, retomar a análise quanto ao princípio da motivação que, como acima mencionado, possui respaldo constitucional. Assim, cabe o Juiz ao proferir suas decisões, assim como ocorre na decretação das prisões cautelares, motivar o seu ato, explicitando as razões de fato e de direito que o levaram a decidir. Tal previsão também está expressamente previsto no art. 315 do Código de Processo Penal.

Assim, não basta serem apontados apenas dispositivos ou motivação genérica, sob pena de nulidade ou invalidado do ato. Mas sim, apresentar elementos que individualizem a medida ao caso concreto, observadas as questões de necessidade, adequação e razoabilidade da decisão, uma vez que se trata de medida excepcional.

Desta forma, para que a fundamentação da decisão que decretar a custódia cautelar seja considerada satisfatória, deve haver indicação de fatos que evidenciem a existência do crime, indícios de autoria, bem como demonstração da necessidade da medida para a persecução da instrução criminal, a fim de dar efetividade da aplicação da lei penal.

Por derradeiro, não seria em vão ressaltar que a liberdade é a regra, um direito inato ao homem, como afirma Kant¹³. Ao contrário, para além disso, a liberdade somente sofrerá restrição, como ocorre com a decretação da prisão preventiva, de forma excepcional, em razão de ser medida de *ultima ratio*.

3. A PRISÃO PREVENTIVA COMO CONSEQUÊNCIA DA PRESSÃO MUDIÁTICA: OS LIMITES E ALCANCES DO CLAMOR PÚBLICO

¹² GÜNTHER, JAKOBS. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*/ Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

¹³ KANT apud NICOLITT, op. cit., p. 718.

A prisão preventiva, como visto, vem a ser a forma mais drástica de medida cautelar no ordenamento jurídico processual criminal pátrio, considerando que o encarceramento do indivíduo deve ser medida de exceção, na exata medida de sua necessidade.

Assim, na busca de uma eficácia jurisdicional, o processo penal cautelar deve ser interpretado a partir de um viés constitucional, observados os valores consagrados na CRFB/88, como dignidade da pessoa humana, presunção da inocência e liberdade individual.

Nesse sentido, Fernando Tourinho destaca as palavras do Marquês de Beccaria, que embora tenham acendido discussões sobre o tema em 1764, perfeitamente se amoldam às necessidades atuais: “O acusado não deve ser encarado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime”.¹⁴

Partindo deste referencial para o processo penal, seria possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, qual seria o limite que o clamor público e a repercussão social de um crime poderiam influenciar na decretação e manutenção da prisão preventiva para garantia de ordem pública?

A resposta para essa indagação pretende ser o cerne da presente análise, a fim de evidenciar os limites bem como o alcance do clamor social nas decisões de decretação e manutenção de uma prisão desta natureza.

De acordo com o art. 312, do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva devem existir pressupostos e fundamentos. Os pressupostos são os concernentes aos indícios de autoria e materialidade do crime e perigo da liberdade do sujeito durante a persecução penal - *fumus commissi delicti e periculum libertatis*.

Este dispositivo destacou ainda os fundamentos da prisão, sendo que a ordem pública vem a ser um deles. Nada obstante, por ser a “ordem pública” um conceito legal aberto e amplo, não pode ser enquadrado em qualquer situação, isenta de critérios concretos de constatação dos fatos e circunstâncias que cercam o caso.

O conceito sofre críticas de muitos doutrinadores, como Tourinho¹⁵, que em sua obra sustenta que a “ordem pública é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória”.

Sendo assim, a ordem pública deve ser tratada com o devido cuidado constitucional que igualmente é conferido à excepcionalidade das medidas cautelares, considerando ainda que “o estado de inocência pressupõe que as eventuais restrições à liberdade individual sejam,

¹⁴ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 641.

¹⁵ Ibid, p.640.

efetivamente, indispensáveis. Eis o primeiro caráter das novas medidas, que se associam à prisão cautelar: necessidade”.¹⁶

Trata-se, então, de se promover a interpretação constitucional para as medidas cautelares, que ponderam direitos de liberdade e perigoso oferecido em se manter tal liberdade em algumas circunstâncias.

Acerca do tema, destaca Nicolitt¹⁷:

[...] Embora se trate de um conceito vago e indeterminado, a doutrina e a jurisprudência tradicionais têm associado a expressão ora à chamada periculosidade do agente, outras vezes à necessidade de assegurar o “meio social” e também à credibilidade da justiça em face da gravidade ou repercussão do crime.

Nesse contexto, destaca-se que há necessidade de se aplicar o conceito de forma mais concreta possível, com uma análise prática, abordando aspectos que justifiquem a ordem pública como argumento plausível.

Desse modo, cabe ao Judiciário atuar de modo a promover a segurança social pretendida, sem abandonar os princípios constitucionais. Além disso, “devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal”¹⁸.

Superada a questão conceitual da expressão “ordem pública”, importante frisar que atrelado a um conceito aberto, repise-se, está o clamor social em casos de crimes graves e que causam repúdio de uma comunidade. Neste ínterim, faz-se necessária a análise do alcance das pressões midiáticas e do seu poder de influenciar a decretação da preventiva, pela ordem pública.

Em se tratando do alcance, destaca-se que em algumas situações o clamor público é fator predominante, na medida em que se espera uma resposta do Judiciário para um crime de maior gravidade, ou de circunstâncias covardes, que levam à uma comoção generalizada. Nesse passo, um crime pode chocar apenas um bairro, ou mesmo estarrecer todo o país, dada a perplexidade que gera nas pessoas.

Com relação ao alcance do clamor social, Nucci¹⁹ esclarece que:

A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como *gravidade concreta do crime*, *repercussão social*, *maneira destacada de execução*, *condições pessoais negativas*

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

¹⁷ NICOLITT, op. cit., p. 749.

¹⁸ NUCCI, op. cit., p. 26.

¹⁹ Ibid., 63-64.

do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa. Tais elementos não precisam ser encontrados cumulativamente, bastando qu exista, pelo menos, um binômio, como regra. (grifos do autor).

Sendo assim, o alcance de tal conceito abrange pelo menos alguns desses quesitos, que podem vir a comprometer a própria segurança pública, não restando alternativa menos drástica do que o cerceamento da liberdade do indivíduo.

Partindo desse pressuposto, podemos destacar ainda os ensinamentos de Nucci²⁰ sobre o assunto em tela, “o Judiciário precisa atentar para os crimes que provocam clamor social fidedigno, gerando comoção, revolta, descrédito na Justiça, sentimento de impunidade, enfim, insegurança”.

E em razão disso, e ansiando pelo atuar efetivo e imediato do Estado como resposta às suas súplicas, é que o clamor público ganha proporções ainda maiores. A repercussão social e massificação midiática acaba por desafiar o próprio atuar do Poder Judiciário, que passa a ser visto como resposta ao caos em que se encontra a segurança pública, de um modo geral.

Nesse sentido, cumpre ainda destacar o que defende o professor Paulo Rangel²¹ ao asseverar que “por ordem pública, deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade”.

Assim, podemos constatar que existem limites para se considerar os gritos sociais acerca de determinado crime, não bastando ser este o único fundamento a embasar uma prisão cautelar. Essa percepção jamais pode desgarrar da atividade estatal, a fim de não conotar qualquer arbitrariedade por parte do Estado. Para tanto, destaca Tourinho²² que:

O clamor público, no sentido da comunidade local revoltar-se contra o acusado e querer linchá-lo, não pode autorizar sua prisão preventiva. O Estado tem o dever de garantir a integridade física e mental do autor do fato-crime. Segregar, cautelarmente, o indivíduo, a fim de assegurar sua integridade física, é transferir para o cerceamento de sua liberdade de locomoção a responsabilidade do estado de manter a ordem e a paz no seio da sociedade, reconhecendo a incompetência dos poderes construídos de atingir os fins sociais a que se destinem.

Cinge-se assim, de caráter limitador, não podendo ser motivo de antecipação de uma pena sequer aplicada, ferindo princípios caros ao direito, como a presunção da inocência.

²⁰ Ibid.

²¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16 ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 713.

²² TOURINHO FILHO, op. cit., p 641

Diante do exposto, temos que as medidas cautelares, como é a prisão preventiva, não podem ser destinadas a fazer justiça, como resposta ao clamor social, ou mesmo amenizar a repercussão social de um crime. O seu papel precípua restringe-se a garantir o funcionamento normal do processo penal, e por conseguinte, da própria justiça, sendo uma resposta meio, e não fim para o crime, por mais que ele tenha sido praticado de forma cruel e covarde, sendo o clamor social um elemento insuficiente a respaldar a preventiva.

CONCLUSÃO

Como visto, a ideia central do presente trabalho foi analisar o clamor social e todas as suas abrangências e especificidades no momento da decretação da prisão preventiva, considerando que vem a ser fundamento influenciador quando se trata desta medida cautelar para garantia da ordem pública.

A partir dessa premissa, foi possível verificar que, nada obstante ser a ordem pública um conceito jurídico indeterminado, deve ser encarada com a maior cautela, tendo em vista que o cerceamento precisa ser medida excepcional, “ultima ratio”, sendo a liberdade a regra a ser seguida no ordenamento jurídico pátrio.

O grande desafio, como apontado, vem a ser interpretar a ordem pública de forma isenta de todo clamor social que pode vir a orbitá-lo. Dessa maneira, temerário considerar que não existe o risco de manipulação das massas pelos meios de comunicação.

Ao contrário, o que se percebe, cotidianamente, é que alguns crimes são eleitos pela mídia como mais repugnantes, o que pode tornar a opinião pública vulnerável. E o direito processual penal não pode curvar-se apenas aos apelos sociais, que anseiam pelo encarceramento como resposta a crimes bárbaros com repercussão social negativo.

Em virtude dos aspectos abordados, o papel do magistrado vem a ser fundamental nesse contexto, uma vez que deve atuar com total imparcialidade no momento de decretação de uma prisão preventiva, analisando questões legais que coadunam com essa medida extrema.

Significa dizer que cabe ao magistrado observar todos os aspectos constitucionais na persecução do devido processo legal, como a necessidade, adequação e razoabilidade da decisão de prisão, uma vez que se trata de medida excepcional. Assim, não pode o juiz ceder

às pressões inerentes ao clamor público, que eventualmente podem estar inerentes a um crime que causam maior repúdio à sociedade.

Nesse cenário, importante mapear todo o alcance, bem como os limites das pressões midiáticas, além da sua capacidade de interferir no decreto da preventiva, sob a justificativa de se atingir a ordem pública, como previsto pelas regras de processo penal.

Inegável reconhecer que um crime de maior gravidade, ou de circunstâncias covardes, levam à uma comoção generalizada da população, o que vem a favorecer ao maior alcance do clamor público. Nada obstante, os limites para este clamor social devem necessariamente esbarrar nas regras processuais para escolha da prisão como medida adequada, bem como nas garantias constitucionais basilares como o princípio da presunção da inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pelo exposto, à guisa de conclusão, as medidas cautelares no Estado Democrático de Direito, especialmente a prisão preventiva, devem ser eleitas como excepcionais, usadas na real necessidade do caso, observados os ditames legais e constitucionais. Assim, não podem ser consideradas a resposta de justiça aos anseios sociais, nem se prestar a remediar crimes que causam repúdio generalizado com o encarceramento desenfreado e sem a motivação adequada, considerando que o clamor social não é suficiente a respaldar tais medidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GÜNTHER, Jakobs. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*/ Manuel Cancio Meliá; org. E trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.