

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

SARAH LEAL

PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA ORDEM PÚBLICA

**CURITIBA
2009**

SARAH LEAL

PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA ORDEM PÚBLICA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. José Laurindo de Souza Netto.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

SARAH LEAL

PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA ORDEM SOCIAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 30 de outubro de 2009

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONFLITUAIS.....	7
1.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	7
1.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	9
1.3 PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA	10
2 PRISÕES CAUTELARES.....	13
2.1 CARACTERÍSTICAS.....	13
2.1.1 Jurisdicionalidade.....	13
2.1.2 Acessoriedade.....	14
2.1.3 Instrumentalidade hipotética	14
2.1.4 Provisoriedade.....	15
2.1.5 Homogeneidade.....	15
2.2 PRISÃO EM FLAGRANTE.....	16
2.3 PRISÃO TEMPORÁRIA.....	17
2.4 PRISÃO PREVENTIVA.....	19
2.4.1 Momento de decretação	21
2.4.2 Prisão preventiva na decisão interlocutória mista não terminativa de pronúncia - Lei 11.689/08.....	22
2.4.3 Prisão preventiva na sentença penal condenatória recorrível - Lei 11.719/08	23
2.4.4 Hipóteses legais da prisão preventiva	24
2.4.5 Pressupostos da prisão preventiva – artigo 312 do Código de Processo Penal ...	25
2.4.5.1 Assegurar a aplicação da lei penal	26

2.4.5.2 Conveniência da instrução criminal	27
2.4.5.3 Ordem econômica.....	28
2.4.5.4 Ordem pública ou social.....	28
3 A ORDEM SOCIAL E SUAS VERTENTES NOS TRIBUNAIS	32
3.1 A ORDEM SOCIAL E A GRAVIDADE DO CRIME.....	33
3.2 A ORDEM SOCIAL, AS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS E OS BONS ANTECEDENTES.....	36
3.3 ORDEM PÚBLICA E A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.....	37
3.4 A ORDEM SOCIAL, A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E DAS INSTITUIÇÕES	38
4 A EXPOSIÇÃO PUNITIVA DA MÍDIA E O CLAMOR PÚBLICO.....	40
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

RESUMO

O trabalho aborda quais as formas de prisão cautelar (flagrante, provisória, temporária, preventiva na decisão interlocutória mista não terminativa de pronúncia, e preventiva na sentença penal condenatória recorrível), bem como suas características essenciais. A seguir, analisa os princípios que, de certa forma, atrimam com a decretação da prisão como, por exemplo, o princípio do estado de inocência. A seguir, adentra-se na prisão cautelar preventiva, elencando-se o momento de sua decretação, os requisitos do artigo 312 do CPP, e os pressupostos do artigo 313 do referido diploma legal. Também aborda-se profundamente o tema central da pesquisa, qual seja a prisão preventiva fundada na ordem pública e as várias nuances que o tema envolve, como: gravidade do delito, credibilidade da justiça, bons antecedentes, condições pessoais favoráveis, e o clamor público. Todos esses elementos são avaliados sob à luz da jurisprudência, que revela o peso que cada um deles deve ter para decretação da preventiva. Nessa seara, em um capítulo próprio, estuda-se o teor de uma decisão de prisão preventiva e todos os argumentos que a embasam. À exibição de parte da sentença, segue um texto crítico dos fundamentos da decisão.

Palavras-chave: prisões cautelares; prisão preventiva; ordem social; clamor público

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco central analisar o aspecto da prisão preventiva quando conseqüência de uma ameaça à ordem pública. Essa ordem tem significado plural e conflitante no ordenamento jurídico, além de que os julgadores não aceitam a mesma como única fonte de decretação de preventiva.

Ademais, o conceito de ordem pública encontra outro impasse relevante para o conceito de ordem social: a influência que os meios de mídia exercem sobre a população quando da divulgação da ocorrência de delitos.

Apontado como mais um fator polêmico nessa seara é o fato de o Judiciário ter a fome de conferir à sociedade o sentimento de confiabilidade quando do desespero social frente a certo crime, e os exemplos disso são inúmeros.

Dentro dos objetivos da pesquisa aqui demonstrada estão: elencar as modalidades de prisão cautelar; demonstrar alguns dos princípios que conflitam com referidas prisões como o princípio da presunção de inocência, da proporcionalidade e do contraditório; estudar mais detalhadamente a prisão preventiva, estudando seus requisitos, pressupostos e momento de decretação.

Por fim, aprofundar a prisão preventiva fundamentada na ordem pública, já que tema central, demonstrando que o Poder Judiciário procura não optar pela prisão preventiva fundando-se apenas na manifestação popular, nas especulações de imprensa, ou na abstrata expressão periculosidade do agente.

A pesquisa aqui presente revela qual a real valoração que o Judiciário tem dado a quesitos como bons antecedentes, profissão fixa, credibilidade das instituições, clamor popular ou a gravidade do delito, ao julgar pedidos de liberdade provisória.

1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONFLITUAIS

1.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Proporção demonstra uma relação de igualdade ou de semelhança entre vários elementos.

Nos ensinamentos de Luiz Roberto Barroso o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) é um parâmetro de valorização dos atos do poder público para que se avalie se esses atos estão submetidos ao valor superior próprio de todo ordenamento jurídico: a justiça. (BARROSO, 2002, p.128).

O princípio da proporcionalidade é uma construção do pensamento jurídico, própria do Estado de Direito, que exige que o Estado exerça de forma moderada o seu poder, protegendo o indivíduo contra suas intervenções excessivas. (DE SOUZA NETTO, 2006, p. 62-68)

A legislação brasileira não remete expressamente à necessidade de se fazer uso da proporcionalidade para se determinar prisões cautelares.

Ocorre que faz mister sopesar valores e as próprias circunstâncias fáticas de cada caso a fim de se obter instrumentos auxiliares na busca pela Justiça.

A prisão cautelar, por exemplo, é usada como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, uma vez presentes situações de risco real previstas em lei. Caso seu uso acarretasse conseqüências mais graves que o provimento final da ação

penal pudesse dar, se perderia a sua justificação, passando a desempenhar uma função apenas sancionadora.

Portanto, à luz da proporcionalidade, ou razoabilidade, há que se aceitar a manutenção das medidas cautelares como prisões temporárias, preventivas, provisórias, decorrentes de flagrantes, entre outras, apenas quando elas não excederem e beirarem a inconstitucionalidade. (DE SOUZA NETTO, 2006, p. 70 - 77).

Há, portanto, a necessidade de uso da proporcionalidade para que se leve a termo o objetivo, a essência de certos atos processuais. (DE OLIVEIRA, 2008, p.416)

Todos os Códigos Processuais modernos criaram um sistema de medidas substitutivas para a prisão cautelar, da medida que restringem a prisão provisória aos casos de extrema necessidade.

Na Europa, as seguintes medidas alternativas são consideradas: liberdade mediante caução; vigilância por terceiros; obrigação de comparecimento periódico perante autoridade; internamento em instituição especializada; prisão domiciliar; retirada do passaporte; retenção de arma, e algumas outras.

No ordenamento jurídico pátrio, inexistem medidas intermediárias entre a liberdade e a prisão, não contendo na lei processual penal alternativas, afora a liberdade provisória, imposições que substituam a prisão cautelar por outras menos danosas.

Essa falta de previsão não deve obstar a que o Judiciário desenvolva por iniciativa própria uma política de substituição, atendendo-se assim ao princípio da proporcionalidade e da interpretação das normas no sentido mais favorável à que se

faça valer os direitos fundamentais constitucionais. Esse rol de alternativas deve ser não taxativo. (DE SOUZA NETTO, 2006, p.78)

A partir do instante em que a adoção da tutela menos gravosa se tornar apta a alcançar a finalidade que a prisão busca obter, desproporcional e, portanto, desnecessária a adoção dessa última.

O princípio da legalidade tem sido utilizado como argumentação para não se admitir a adoção de medidas diversas da prisão, ocorre que não incide inexistência de previsão legal, já que para utilização dessas medidas cautelares substitutivas da prisão, é necessário que estejam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis* inerentes à prisão cautelar.

Uma vez presente na lei a medida que fará a substituição, a restrição da medida alternativa dispõe de fundamentação legal, autorizando a lei que se limite a sanção mais gravosa. (DE SOUZA NETTO, 2006, p.77 - 78)

1.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

No artigo 5º, LV da Constituição Federal sustenta-se que aos litigantes, a, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral assegura-se o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ainda, o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) garante o contraditório:

Art.8º Garantias Judiciais:

1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente,independente e imparcial,estabelecido anteriormente por lei,na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela,ou para que se determinem seus

direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O contraditório é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, no qual se busca a verdade processual dos fatos sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público ou por seu substituto processual na peça exordial. A outra parte também deve ser ouvida (*audiatur est altera pars*).

Por isso se diz que há no contraditório informação e reação, pois é a ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los.(RANGEL, 2008, p.17-18).

Contudo, deve ser ressaltado que contraditório não é apenas dizer e contradizer acerca de algum ponto controvertido, também não consiste apenas em debate das partes, mas principal e exclusivamente é a igualdade de oportunidades no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É a simétrica paridade de participação no processo, entre as partes.(GONÇALVES, 2001, p. 127).

A nomeação de um defensor técnico ao réu visa exatamente garantir o equilíbrio na relação jurídico-processual, na qual autor e réu ficam no mesmo pé de igualdade, mantendo uma perfeita harmonia entre os bens jurídicos que irão se justapor (não contrapor): o direito do Estado de punir e proteção dos direitos e garantias do acusado.

O contraditório é inerente ao sistema acusatório, onde as partes possuem plena igualdade de condições, sofrendo o ônus de sua inércia no curso do processo. (RANGEL, 2008, p.18)

1.3 PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal não presume a inocência, no entanto considera que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art.5º, LVII.

Dentre os principais autores dispostos a analisar o princípio da presunção de inocência estava Cesare Beccaria que a definia como forma repressora das arbitrariedades do Estado.

Afirmava o autor que um homem não poderia ser chamado de culpado antes da sentença do juiz e a sociedade somente lhe poderia retirar a proteção pública após ter decidido que ele violara os pactos pelos quais essa proteção lhe foi dada. (BECCARIA, 1997, p. 61).

O princípio constitucional da presunção de inocência pode ser entendido sob dois aspectos: o formal e o substancial. O primeiro tem relação com a sua qualidade de direito constitucional fundamental, assegurado como cláusula pétrea, já o aspecto substancial evidencia um direito processual, que desemboca na prova e no tratamento do acusado. (SOUZA NETTO, 2006, p. 154-160)

A presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo de condenação ou culpabilidade.

O princípio da presunção não se afeta com uma prisão cautelar, uma vez que a mesma se baseia no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*.

A prisão penal, por sua vez, tem como pressuposto sentença penal transitada em julgado, sendo uma resposta jurídica ao condenado.

O princípio da presunção não se afeta com uma prisão cautelar, uma vez que a mesma se baseia no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*.

A prisão penal, por sua vez, tem como pressuposto sentença penal transitada em julgado, sendo uma resposta jurídica ao condenado.

Dessa forma preconiza a Súmula 09 do STJ, que afirma que a exigência de prisão provisória não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência.

Para Alberto Silva Franco o princípio da presunção de inocência não entra em confronto com a prisão cautelar quando esta tiver como característica a excepcionalidade, já que o exercício do poder de cautela não decorre de automatismo legal, mas sim de demonstração fundamentada, real e efetiva do *periculum libertatis*. (FRANCO, 1994, p. 250-251).

Assim, em decorrência do princípio da inocência, a prisão provisória tornou-se medida excepcional, podendo ser imposta apenas quando presentes seus requisitos legais. (SOUZA NETTO, 2006, p. 161- 162).

2 PRISÕES CAUTELARES

Consiste em uma medida cautelar pela qual se priva um indivíduo de sua liberdade de locomoção, mesmo antes de haver uma sentença definitiva.

A finalidade do processo cautelar é obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução.

Nesse aspecto três necessidades podem surgir: garantir-se a prova, assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária (privação da liberdade do indivíduo).

A prisão provisória jamais deve ser entendida como reconhecimento antecipado de culpa, pois o juízo que se faz quando de sua decretação é de periculosidade e não de culpabilidade. (RANGEL, 2008, p.658 - 660).

2.1 CARACTERÍSTICAS

Toda medida cautelar possui algumas características em comum, que a seguir se elenca.

2.1.1 Jurisdicionalidade

As medidas cautelares estão submetidas primeiramente à análise judicial de sua adoção, já que tratam de restrições a direitos garantidos pela Constituição e em Convenções Internacionais.

Assim, somente podem ser determinadas por decisão fundamentada emitida por autoridade com competência para tal.

No entanto, existem exceções à essa exigência exemplificada pela possibilidade de adoção da medida cautelar prisão em flagrante por qualquer populares. Ocorre que posteriormente essas medidas sempre serão submetidas ao Judiciário para análise de sua legalidade.

A jurisdicionalidade é a necessidade de que a restrição dos direitos e bens da Constituição somente possa ser feita por decisão judicial já que dessa forma evita-se abuso ou excesso de poder. (RANGEL, 2008, p.658-659).

2.1.2 Acessoriedade

A medida cautelar segue a sorte da medida principal, já que dessa é dependente, uma vez que, na medida em que há o resultado do processo principal, a medida cautelar perde a sua eficácia.

Assim, há uma vinculação da medida cautelar ao resultado da medida principal: quando esta for dada àquela, esvair-se-á. (RANGEL, 2008, p. 659).

2.1.3 Instrumentalidade hipotética

Essa característica advem do fato de a medida cautelar servir de instrumento de modo e de meio para se atingir o escopo principal. É como se o direito material discutido no processo de conhecimento fosse provável ao autor e a forma pela qual se conquistasse esse suposto direito fosse a medida cautelar. (RANGEL, 2008, p. 659)

2.1.4 Provisoriedade

A durabilidade da medida cautelar se insere desde a instauração do procedimento cautelar e segue até a decretação no procedimento principal.

Assim, os efeitos da medida cautelar sobreviverão enquanto o Judiciário não se pronunciar acerca da decisão principal que cautelarmente se deseja tutelar e garantir.

2.1.5 Homogeneidade

Significa que deve haver proporcionalidade entre o que está sendo dado e o que será concedido.

Exemplificando o conceito questiona Paulo Rangel se seria razoável uma prisão preventiva no caso de um furto simples? Responde que não porque a um admitir-se-ia a suspensão condicional do processo, a dois sustenta que, caso houvesse uma condenação, a pena restritiva de direitos substituiria muito bem a pena privativa de liberdade.

O exemplo demonstra claramente uma situação de total ausência de homogeneidade entre a medida cautelar (prisão preventiva) e a eventual condenação a ser proferida.

O mal causado no transcorrer do processo é bem maior do que aquele que, possivelmente, poderia atingir o acusado quando da sentença. (RANGEL, 2008, p.659).

2.2 PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante tem por escopo principal evitar a fuga do autor do delito, resguardar a sociedade, conferir confiabilidade à lei

Embora por flagrante deva-se entender a relação de imediatidade entre o fato ou o evento e sua captação ou conhecimento o artigo 302 do Código de Processo Penal contempla situações em que não mais se pode falar em ardência, crepitação ou flagrância, expressões usadas na doutrina para a partir da expressão latina *flagare*, que significa ardendo, em chamas, incandescente.

É o delito visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência

Para sua incidência a prisão em flagrante possui dois elementos indispensáveis para sua configuração: atualidade e visibilidade. Enquanto a primeira consiste na situação flagrancial, ou seja, algo que esteja acontecendo naquele exato momento, ou acabou de ocorrer, a visibilidade é a possibilidade de se conectar o delito ao seu autor.

Há de se comentar que apenas o inciso I do artigo 302 do CPP (dispositivo que traz as situações que admitem prisão em flagrante) caracteriza uma situação de visibilidade incontestável da prática de fato delituoso, já que autoriza o flagrante no exato momento em que se comete uma infração penal.

Quanto ao inciso II do mesmo artigo 302 há a previsão de flagrante quando se acaba de realizar o delito, situação na qual embora a flagrância tenha desaparecido, há ainda a possibilidade de se colher elementos de apontem a autoria e a materialidade. Ambos os incisos são denominados na doutrina de flagrante próprio.

Os demais casos de prisão em flagrante constam nos incisos III e IV do art.302: o inciso III é chamado pela doutrina de flagrante *impróprio ou quase-flagrante*, e se atenta à situação em que alguém é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa do povo, numa situação que faça presumir-se autor da infração.

O que deve estar presente aqui é a imediatidade da perseguição, ainda que o perseguidor não tenha efetivamente presenciado o fato.

Inexiste parâmetro legal para se definir o que venha a ser o “logo após” do artigo 302, devendo a questão ser examinada em cada caso. O que se considerará para a análise serão as circunstâncias do crime, da fuga, e a presteza da diligência persecutória. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 422 - 423).

A última modalidade de prisão em flagrante encontra-se no artigo 302, inciso V, e denomina-se flagrante presumido, e poderia estar elencado junto ao flagrante impróprio, já que também possui como fundamento a presunção.

Traz o inciso que aquele que é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 424)

2.3 PRISÃO TEMPORÁRIA

Consiste em prisão com o escopo de garantir o desenrolar de investigações do inquérito policial, nos termos do artigo 1º da Lei 7.960/89, que instituiu a prisão temporária.

Essa lei prevê também que a prisão temporária se volta tão mente à tutela das investigações policiais, não podendo ser utilizada quando já iniciada ação penal.

Impossibilitada sua decretação de ofício pelo magistrado, sua decretação ocorre apenas quando requisitada pela autoridade policial ou Ministério Público.

A prisão temporária tem prazo certo estabelecendo a lei o máximo de 5 dias, prorrogáveis uma única vez, demonstrada sua extrema necessidade. E, caso de crime hediondo o consta na Lei 8.072/90 que o prazo é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, demonstrada sua real necessidade (art.2º,§3º dessa Lei).

O art.1º da Lei 7960 de 1989 dispõe que existem três requisitos para que se possa decretar a temporária: quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I); quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inciso II); ou quando houver fundadas razões, de acordo com alguma prova, de autoria ou participação do indiciado nos crimes lá arrolados, que tem como característica comum serem gravemente apenadas estando alguns previstos no rol dos crimes hediondos.

O requisito do *periculum in mora* encontra-se nos incisos I e II do art.1º (imprescindibilidade da prisão para fins de investigação e indiciado sem residência fixa, ou desprovido de elementos que possam identificá-los), já o *fumus boni iuris* consta no inciso III (fundadas razões baseadas em provas que apontem para autoria ou participação do indiciado em algum dos crimes elencados)

Aludidos requisitos para a prisão preventiva devem estar presentes concomitantemente? Para Eugenio Pacceli de Oliveira devem estar os incisos I e III, já que o inciso II já estaria contemplado pelo inciso I. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 446-447).

Ressalte-se que, em caso de crimes não arroladas no inciso III do art.1º da Lei 7960/90, a única prisão cautelar seria a preventiva, não a temporária.

2.4 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva visa impedir que eventuais condutas do autor e terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo.

A prisão preventiva, por trazer como consequência a privação de liberdade antes de um trânsito em julgado apenas se vê necessária quando for capaz de proteger a persecução penal em todo o seu percurso procedimental, e mais, quando se mostrar como única maneira de satisfazer tal necessidade.

Em razão de sua gravidade e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, apenas se decreta a preventiva mediante “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” de acordo com artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.

No entanto não basta a fundamentação judicial de autoridade competente, já que se trata a preventiva de medida restritiva de direitos. Assim, deve ser expressamente prevista em lei, não podendo o juiz afastar-se da legalidade, nem quando entender presentes situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal.

Por ser permitida desde o início da persecução penal (investigação) até após a prolação da sentença (art.387 e 492, I, d do CPP) as hipóteses de decretação de preventiva contemplam todas as circunstâncias da realidade em que haja a possibilidade de risco ao processo. A única exceção é a prisão temporária que visa proteger o andamento das investigações criminais.

Atenção para alteração legislativa: a nova redação do art. 387, parágrafo único do CPP revogou implicitamente a regra da primeira parte do art. 311 do CPP, que somente autorizava a decretação de preventiva até o final da instrução criminal.

Como toda medida cautelar a prisão preventiva tem sua duração condicionada à existência temporal de seu fundamento. Assim, nos termos do art. 316 do CPP a preventiva pode ser revogada quando ausentarem-se os motivos que a ensejarem, podendo ser renovada no caso de superveniência de razões que a justifiquem.

A revogação da preventiva não implica a concessão de liberdade provisória, assim, o preso, ao ter sua preventiva revogada, tem integralmente restituída a sua liberdade, sem quaisquer restrições de direito a ele impostas.

Quando o julgador verificar pelas provas dos autos quaisquer excludentes de ilicitude do artigo 23 do Código Penal não há que se impor a preventiva nos termos do artigo 314 do Código de Processo Penal. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 432-433).

Assim, nos casos de excludente de ilicitude, a prisão preventiva deixa de ser necessária, pois é antagônico dizer que a prisão preventiva do acusado é necessária e urgente, e, ao final, o autor ser absolvido por legítima defesa.

Faz-se o uso do art.314 do Código de Processo Penal somente quando se tratar de exclusão da ilicitude, não só do art. 23 do Código Penal, mas também a excludente

do artigo 128 e outras que existirem. Não se faz necessário que haja provas cabais de que o réu se enquadra nas hipóteses do artigo 23, porque não se trata aqui de culpabilidade, mas de periculosidade.

2.4.1 Momento de decretação

De acordo com o artigo 311 do Código de Processo Penal, o momento para se decretar a preventiva pode ser em qualquer fase do inquérito policial ou instrução criminal.

A prisão preventiva pode ser decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

A doutrina entende em sua maioria que a preventiva de ofício somente no curso do processo e não do inquérito policial, já que devido ao sistema acusatório o juiz foi afastado da fase pré-processual, e a investigação fica a cargo do Ministério Público e da autoridade policial, apenas.

Dessa forma, entende-se manifestação do juiz no curso do inquérito policial somente se houver requerimento do MP, ou representação da autoridade policial de qualquer medida cautelar, seja real (como a busca e apreensão, seqüestro, etc), ou pessoal (prisão cautelar)

Dessa forma, a prisão preventiva somente poderá ser decretada no decorrer do inquérito policial ou no curso da instrução criminal, mas como o inquérito pode ser dispensado ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, será acatada a prisão

preventiva fundado em peças de informação, como por exemplo um processo administrativo que trate de certo delito cometido por servidor público.

Quanto ao segundo momento oportuno para a decretação da preventiva, que é o da instrução criminal, há que se lembrar que essa fase envolve o período correspondente entre a resposta prévia à acusação e as alegações finais, no qual as partes instruem o processo, e tentam fazer valer suas teses. (RANGEL, 2008, p. 690-692).

2.4.2 Prisão preventiva na decisão interlocutória mista não terminativa de pronúncia - Lei 11.689/08

O artigo 413 do Código de Processo Penal, reformado pela Lei 11.689/98, traz que o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado caso esteja convencido da materialidade e convencido dos indícios da autoria.

No parágrafo 3º afirma-se que o juiz decidirá motivadamente no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou de medida restritiva de liberdade antes determinada tratando-se de réu solto sobre a necessidade de decretação de prisão ou imposição de qualquer outra medida legal.

Com a reforma, não se considera mais a prisão como efeito da pronúncia, na verdade tem se interpretado que é da prisão preventiva que trata o inciso 3º do artigo 413.

Entende-se, portanto, que o juiz, ao proferir sentença de pronúncia, decidirá acerca de necessidade de preventiva, aludindo à questão no corpo da pronúncia.

A primariedade, o domicílio certo, bons antecedentes, que podem ser reconhecidos na decisão de pronúncia não obstam à decretação de preventiva, ou sua manutenção, caso seus requisitos e pressupostos estejam presentes.

Assim, conclui-se que a prisão decorrente da decisão de pronúncia desapareceu do ordenamento jurídico. O juiz deve levar em conta os motivos que ensejem a prisão preventiva. (RANGEL, 2008, p. 709 a 712).

2.4.3 Prisão preventiva na sentença penal condenatória recorrível - Lei 11.719/08

A Lei 11.719/08 trouxe nova redação ao artigo 387, parágrafo único do CPP, acerca da pena imposta na sentença penal condenatória recorrível, exterminando qualquer insistência na ideia de a mesma ser execução provisória da pena, e esclarecendo que trata-se de prisão cautelar.

Assim, a prisão na sentença penal condenatória da qual ainda caiba recurso apenas será imposta preventivamente, uma vez presentes os pressupostos e requisitos para tal.

Logo, desaparece do ordenamento jurídico a chamada execução provisória da pena.

Contradizendo o teor do art 393, I do CPP, o qual se tornou vazio diante da reforma, a prisão não mais é efeito da sentença penal condenatória recorrível, mas sim que será nela decretada se estiverem presentes os elementos constituintes da custódia cautelar. (RANGEL, 2008, p.707-708)

2.4.4 Hipóteses legais da prisão preventiva

De acordo com o artigo 313 do Código de Processo Penal, em qualquer das circunstâncias previstas no artigo 312, será admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com reclusão, ou punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (incisos I e II, respectivamente).

Ainda no mesmo artigo será admitida a preventiva se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art.46 do Código Penal (inciso III)

Como última hipótese legal tem-se o inciso IV do artigo 313, acrescentado pela Lei 11.340 de 2006, que é o caso de o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei Maria da Penha (Lei 11.340 - Violência doméstica e familiar contra a mulher, DOU 08.08.2006), para garantia da execução das medidas protetivas de urgência.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, para os crimes punidos com detenção a prisão apenas será possível se também estiverem presentes as situações do art.312, se houver dúvida quanto à identidade do indiciado (ou acusado), pela ausência de elementos idôneos para o respectivo esclarecimento (art. 313, II).

Ainda para o mesmo autor, a possibilidade de preventiva caso o réu seja vadio revela na atualidade uma situação delicada, já que a expressão “ vadio ” é vazia de conteúdo, idimensionável, partindo de pura abstração com conseqüências de antecipação de culpabilidade. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 438 - 439).

Quanto ao inciso III do artigo 313 admite o legislador preventiva em crime doloso punido tanto com detenção quanto reclusão.

Essa situação é a do reincidente, que poderá ter sua preventiva decretada para que se proteja a sociedade.

Para Paulo Rangel essa hipótese é absurda, já que configura a instituição do *bis in idem*, punindo-se duas vezes pelo mesmo fato, em clara afronta à regra da Convenção Americana dos Direitos Humanos.(Pacto de São José da Costa Rica).

O dispositivo, portanto, traz uma exceção para os crimes punidos com detenção quando o réu ou indiciado já condenado por outro crime doloso por sentença penal devidamente transitada em julgado.

Ocorre que, mesmo nesse caso, se a condenação for antes dos últimos cinco anos não será possível a preventiva, já que o art. 64, I do Código Penal afasta nesse entendimento os efeitos da reincidência.

Por último, tem-se o inciso IV que aborda o crime que envolve violência doméstica, independentemente de se tratar de crime punido com detenção ou reclusão. (RANGEL, 2008, p. 696).

2.4.5 Pressupostos da prisão preventiva – artigo 312 do Código de Processo Penal

Art.312 A prisão preventiva poderá ser decretada como: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

As situações previstas nesse artigo são chamadas de pressupostos da prisão preventiva ou chamada para alguns doutrinadores como Eugênio Pacelli de Oliveira de *requisitos de fato*.

A necessidade comprovada e não apenas declarada é o que fundamenta a existência da possibilidade de preventiva ser determinada. Na realidade, esse é o pressuposto de qualquer prisão cautelar, prisão antes da pena.

No caso da preventiva esta necessidade se verifica pela presença de institutos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Aliado aos pressupostos para a preventiva, encontrados no artigo 312 do CPP, considera-se que as expressões garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal caracterizam o chamado *periculum in mora*.

Nos casos em que se discutir mais de um instituto como a ordem pública e ordem econômica, entendendo-se presente Já a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria compõem o *fumus boni iuris*.

A prova da existência do crime refere-se à materialidade do ilícito penal, que é representada por laudo pericial, documentos ou testemunha idônea.

Já os indícios suficientes de autoria não são provas contundentes e fartas que gerem absoluta certeza da autoria. Na verdade, é suficiente que existam nos autos apenas elementos indicativos que apontem de terminado o autor. (RANGEL, 2008, p. 695).

2.4.5.1 Assegurar a aplicação da lei penal

Demonstra-se prudente a preventiva quando há a possibilidade de fuga do autor do delito. Tal fuga teria por escopo livrar-se de sanções advindas de seu crime como,

por exemplo, quando ele se resguarda em lugar incerto e não sabido com a clara intenção de sair impune.

Ocorre que essa fuga jamais pode ser uma hipótese, uma presunção, mas tão somente fato embasado em elementos convincentes que devem constar nos autos. (RANGEL, 2008, p. 693-694).

A seguinte transcrição remete a parte do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou *habeas corpus* elaborado pela defesa de Nicolau dos Santos Neto, acusado de desvio de verbas destinadas à construção do fórum trabalhista de São Paulo, e aborda a situação da intenção de fuga do réu:

Não merece censura o julgado local ao amparar-se no fato objetivo da fuga, malgrado em recurso exclusivo da defesa, cabendo ponderar, diante da notoriedade dos acontecimentos, que o judiciário não pode e nem deve ficar alheio a eles (...) deixando de ser um espectador inerte. A fuga, na maioria das vezes indica a intenção de se subtrair aos efeitos de eventual condenação. Se, por longo tempo, como é notório, o paciente esteve foragido, mesmo com todo o aparelhamento do Estado à sua procura, escudado por um alvará judicial, pelo menos na atualidade, a presunção é de que, muito possivelmente, buscará evadir-se com êxito.

Concorrendo mais de um pressuposto, apenas um deles já é suficiente para a caracterização do *periculum in mora*, faltando apenas o *fumus boni iuris* ser demonstrado (prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria).

2.4.5.2 Conveniência da instrução criminal

A instrução criminal é não só conveniente, mas também necessária, já que, por meio dela, os princípios da verdade processual, do contraditório, do devido processo

legal serão preservados, e por conseqüência, todos os meios de defesa do acusado serão garantidos.

Turbação à instrução criminal ocorre quando o acusado em liberdade ameaça testemunhas, ameaçar o promotor de justiça, desaparecer com documentos probatórios indispensáveis, etc. Assim, garante-se um processo justo, e seguro para a formação do convencimento do juiz.

2.4.5.3 Ordem econômica

Acrescentado pelo artigo 86 da Lei 8.884 de 1994 (que transforma o Conselho administrativo de defesa econômica CADE em autarquia, dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica), a expressão *ordem econômica*, autoriza a preventiva sob esse argumento quando e somente quando ocorrerem os crimes previstos nas Leis 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), Lei 8.176/91 (e crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de estoques de combustíveis), Lei 8.078/90 (Código de defesa do consumidor), Lei 7492/86 (contra o sistema financeiro nacional) e demais normas que se referem à norma econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal e seguintes cumulado com o art. 20 da Lei 8.884/94.

2.4.5.4 Ordem pública ou social

A ordem pública, assunto-chave desse trabalho, tem seu conceito plural e complexo, e em seu âmago uma interpretação totalmente dependente do caso concreto.

Considerado ambíguo e exageradamente dúctil o seu significado, as censuras aqui feitas vão desde a observação de que a expressão ordem pública nada mais é do

que recurso retórico do legislador até sugestão para que se omita referida expressão pela carência de sentido.

Formulada em termos tão genéricos deixa o juiz em uma margem exagerada de apreciação, colocando-se a liberdade dos indivíduos em perigo.

Referido pressuposto cautelar com tão ampla margem interpretativa é contrária à lógica sistemática não só do processo penal cautelar. (CÂMARA, 1997, p. 117 - 118).

Ainda de acordo com Luiz Antônio Câmara existe um anteprojeto de lei para a alteração da redação do artigo 312, que passaria a dispor de maneira mais objetiva os pressupostos para a decretação da preventiva, passando o dispositivo então a ter o seguinte teor:

Verificada a existência de crime e de indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada se houver fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à regular instrução do processo, à execução da sentença ou praticar novas infrações penais de criminalidade organizada, de ofensa à probidade administrativa, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

O Direito português detalha os requisitos necessários à imposição de medidas cautelares dentre as quais se encontra a prisão preventiva para garantir a ordem pública.

O artigo 204, caput do Código de Processo Penal de Portugal fala da hipótese de: ““ perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa ””.

No Brasil, houve um tempo em que era defendida a prisão preventiva do acusado para proteger sua integridade física.

Por ordem pública deve-se entender a paz e tranqüilidade que existe no seio de uma comunidade, estando todas as pessoas vivendo em plena harmonia, inalterado o *modus vivendi* de cada indivíduo. (RANGEL, 2008, p. 693)

Para Mirabete o conceito de ordem pública não se limita a prevenir reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a credibilidade da Justiça. (MIRABETE, 2004, p. 418).

Para Guilherme de Souza Nucci ordem social é a hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da preventiva. (2005)

Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade que em regra é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento de sua realização forte sentimento de impunidade e insegurança, cabe então ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem social deve ser vislumbrada pelo binômio: gravidade da infração + repercussão social.

Sob essa ótica, um surto simples não ensejaria histeria, nem abalo à ordem, no entanto, um latrocínio repercute, negativamente na sociedade, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas a qualquer tempo pela perda de suas vidas diante de alguém interessado em seu patrimônio. Essa situação gera intranqüilidade.

Ainda para o autor a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade da Justiça. (NUCCI, 2005, p. 581 a 584).

Ocorre abalo à ordem pública também, mas não somente, pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação.

Não se trata de dar crédito único ao sensacionalismo da imprensa, que apenas objetivam audiência, e lucro.

Ocorre que o juiz, quando da observação dos casos em concreto, não está alheio ao bombardeio diário da mídia, até mesmo por ser o juiz também mais um cidadão, mero espectador, que acompanha os fatos exatamente da mesma maneira que o resto da humanidade.

Nesse diapasão, há que se saber distinguir, fazendo-se uso de bom senso, estardalhaço indevido sobre certo crime, do verdadeiro abalo à ordem pública que um crime pode causar.

3 A ORDEM SOCIAL E SUAS VERTENTES SOPESADAS NOS TRIBUNAIS

Para Damasio de Jesus (DE JESUS, 2003, p. 243 a 246) a prisão preventiva sob esse fundamento é necessária desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause certa repercussão grave e prejudicial ao meio social.

A grande repercussão alardeada pela imprensa, por si só, não gera prisão preventiva.

O clamor público, inserido na ordem social, consiste na indignação e revolta em uma comunidade local, que por sua vez reage intensamente a um delito exigindo medidas judiciais para punir o acusado.

Quanto à gravidade do crime, há quem sustente na doutrina que, sem outros elementos, não há que se falar em prisão preventiva.

Por outro lado, a crueldade e a violência na prática criminosa podem sim ser o único fundamento da prisão preventiva.

Quanto ao fato ser afiançável não há que se afastar a possibilidade de prisão preventiva.

Por sua vez, o fato de o agente criminoso ser perigoso, nas palavras de Damasio de Jesus ““ revelando o acusado torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral ”” há que se admitir a sua prisão preventiva. (2003)

A formulação do pressuposto da garantia à ordem pública do artigo 312 do Código de Processo Penal, é extremamente perigosa para a liberdade dos indivíduos. Quando feito o pedido sob esse fundamento, em termos genéricos, deixa ao juiz uma

margem exagerada de apreciação. Logo, torna-se fácil retirar a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de que o faz “para garantir a ordem pública”.

O perigo não deve ser meramente teórico, portanto.

O decreto de prisão preventiva, assim como todas as decisões judiciais devem receber do magistrado a devida fundamentação, com a demonstração inequívoca da necessidade e utilidade da medida para o processo-crime, bem como a explicitação de pelo menos uma das situações fáticas precursoras do “*periculum libertatis*”, em estrita observância à ordem constitucional prevista no artigo 93, inciso IX da Carta Magna Federal.

No Brasil, a jurisprudência tem sido um tanto quanto vacilante, no entanto tem mostrado posicionamento no sentido de considerar a ordem pública como risco de repetição do ato delituoso alvo do processo, acompanhado da observância quanto a gravidade do fato e sua repercussão.

Há algum tempo atrás, se defendia a preventiva até mesmo no intuito de proteger sua integridade física.

Ainda, existem julgados que atribuem risco à ordem pública a partir apenas da gravidade do crime, exigindo-se uma providência rápida, a fim de se evitar um sentimento de intranqüilidade coletiva que pode surgir. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 436)

3.1 A ORDEM SOCIAL E A GRAVIDADE DO CRIME

Para Eugênio Pacceli de Oliveira, a preventiva como garantia da ordem pública apenas deve ocorrer como medida excepcional em casos de crimes graves tanto com relação à pena a eles imputada quanto aos meios de sua execução, e quando haja o

perigo de novas investidas delituosas e aliada a tudo isso a comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade. Vale ressaltar que a gravidade do crime não afasta a não culpabilidade de seu agente. (STJ, HC no 21.282/CE, DJ 23.09.2002)

Existem julgados que atribuem risco à ordem pública a partir apenas da gravidade do crime, exigindo-se uma providência rápida, a fim de se evitar um sentimento de intranquilidade coletiva que pode surgir. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 436)

Foi nesse entendimento que se proferiu a seguinte decisão:

“EMENTA: HABEAS CORPUS - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - ARTIGO 14, DA LEI 10.826/03 - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EVIDENCIADA NO CASO - GRAVIDADE DA INFRAÇÃO E REPERCUSSÃO SOCIAL - LIBERDADE PROVISÓRIA - PERMANÊNCIA DOS REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR - CONDIÇÕES PESSOAIS NÃO COMPROVADAS. ORDEM DENEGADA.” (TJPR, HC, 2ª Câ. Criminal. Rel: Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes. Julgado em 16-07-2009.)

Em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça, amparando essa corrente, sustentou a prisão cautelar no *modus operandi* do réu, que revelou sua periculosidade (praticado em via pública de imensa movimentação de pessoas e em plena luz do dia), mediante grave ameaça e concurso de agentes. (RHC 15.016/SC, 5ª Turma. Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 09/02/2004).

Para Paulo Rangel, no entanto, a pretensão de prisão preventiva fundamentada na ordem social quando a situação é apenas de um agente perigoso não é suficiente para que se decrete a prisão preventiva. (2008)

Dentro desse entendimento de Paulo Rangel assim decidiu-se:

“HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE PELO COMETIMENTO, EM TESE, DO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO. ART 14 DA LEI 10.826-2006(...) INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. DECISÃO FUNDADA EXCLUSIVAMENTE NA PRETENSA PERICULOSIDADE DO AGENTE TENDO EM VISTA A GRAVIDADE DO CRIME. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO OU ELEMENTO NOS AUTOS QUE DEMONSTRE A PERICULOSIDADE ALEGADA. PACIENTE QUE REÚNE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS (PRIMÁRIO, BONS ANTECEDENTES, DOMICÍLIO FIXO E RESIDÊNCIA FIXA.DELITO,OUTROSSIM,QUE NÃO CAUSOU COMOÇÃO NEM ABALO PÚBLICO.INOCORRÊNCIA, NO CASO EM TELA, DO FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA A JUSTIFICAR A PRISÃO CAUTELAR.CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.” (TJPR, HC, 2ª Câm.Criminal, Rel :José Laurindo de Souza Netto. Julgado em 30-10-2008).

No julgado acima concedeu-se *habeas corpus*, uma vez que erroneamente fora decretada prisão preventiva fundada somente na gravidade do crime e na periculosidade do agente, fundamento insuficiente para gerar a medida.

Sustentou-se ainda que a cautelar não consiste em antecipação de pena, sendo imprescindível apenas nas situações específicas que a lei determinar, restando necessário que se demonstre que o paciente solto venha a efetivamente a turbar a ordem pública, a instrução criminal ou subtrair-se à aplicação da lei penal.

Acerca da custódia cautelar fundada na garantia da ordem pública trata-se de hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva.

Entende-se pela expressão a necessidade de se manter em ordem a sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando

àqueles que tomam conhecimento de sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

3.2 A ORDEM SOCIAL, AS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS E OS BONS ANTECEDENTES

A primariedade e residência fixa não afastam a manutenção da prisão preventiva, uma vez que estejam presentes os requisitos da prisão cautelar, assim como a existência de outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o réu também são aptos, juntamente com outros fatores, a dar causa à preventiva. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 438)

Confirmando tal postura, o STJ assim se pronunciou em julgamento de *habeas corpus*: “” as condições personalíssimas aparentemente favoráveis do agente não lhe garantem o direito subjetivo à revogação da prisão preventiva, quando demonstrada a necessidade da custódia cautelar.””.

Nesse sentido o Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná decidiu o seguinte:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VALIDADE COMO PROVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELITO QUE ENCONTRA VEDAÇÃO LEGAL PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO CONSTITUEM GARANTIA AUTOMÁTICA DE LIBERDADE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.” (TJPR, HC. 4.Câmara Criminal.Rel: Luiz Cezar Nicolau.Julgado em 13-03-2009).

Assim, conclui-se que condições subjetivas favoráveis não delimitam imposição da medida cautelar, aplicável a qualquer pessoa que preencha seus requisitos.

Não fosse dessa maneira, como pode o Judiciário tratar um criminoso que cometeu uma série de homicídios seqüenciais, e que possui residência fixa e emprego lícito como o famoso “motoboy” de São Paulo denominado pela mídia à época de “maníaco do parque”?

3.3 ORDEM PÚBLICA E A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A proteção à instrução criminal pode ser quesito determinante na decretação de prisão preventiva.

Em casos de homicídio qualificado, na forma tentada, no contexto das relações domésticas e familiares, houve um caso em que se decidiu que o decreto de prisão preventiva com fulcro na ordem pública, quando do acometimento de espécie de violência de gênero contra a mulher, deve ser mantido em razão do comportamento do agente.

No exemplo comentado, após o crime, cometido com extrema frieza, o réu, ao retornar de sua fuga para escapar do flagrante-delito, empreitou ameaças à vítima e às testemunhas, situação capaz de comprometer a fase instrutória do processo, bem como a fase oral da prova em plenário, caso se efetivassem.

Ainda nesse caso, justificou-se também a preventiva diante de dificuldade de localização do paciente para citação, e também ao fato de o réu estar efetuando constantes ameaças à vítima. (TJPR, HC, 1ª. Câmara Criminal. Rel: Luiz Osório Panza. Julgado em 23/07/2009).

No que tange à turbação da instrução criminal, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, acatou a manutenção da preventiva em uma situação de homicídio qualificado em que o réu também ameaçava vítima e testemunhas:

“EMENTA: PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - LIMINAR INDEFERIDA - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - NOTICIADAS AMEAÇAS À VÍTIMA E TESTEMUNHAS - FUNDAMENTOS DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL AMPARADOS EM ELEMENTOS CONCRETOS - ORDEM DENEGADA.” (TJPR, HC. 1ª Câ. Criminal. Rel: Oto Luiz Sponholz. Julgado em 06-08-2009).

3.4 A ORDEM SOCIAL, A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E DAS INSTITUIÇÕES

A construção jurisprudencial nos Tribunais Estaduais, no STJ e no STF se inclinam à compreensão de que o clamor público ou a necessidade de resguardar a credibilidade da Justiça, não são motivos, por si sós, aptos a ensejar decretação da preventiva sob o pálio da garantia da ordem pública, afora esses fundamentos estiverem aliados à gravidade concreta do delito, perceptível pela forma como foi conduzido, contexto que configura a exigência legal da medida.

Nessa vertente se manifestou o veredicto:

“EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NÃO DEMONSTRADAS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E ABALO DE CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NÃO JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. RECURSO DESPROVIDO.” (TJPR, Recurso em Sentido Estrito. 1ª Câ. Criminal. Rel: Macedo Pacheco. Julgado em 24-07-2009).

A gravidade abstrata do delito, o aumento da criminalidade e o abalo de credibilidade do Poder Judiciário não constituem fundamentos idôneos a justificar a prisão preventiva, mas tão somente a demonstração efetiva dos requisitos estabelecidos no art. 312, do Código de Processo Penal. (DE OLIVEIRA, 2008, p 438)

Ocorre, entretanto, que a preservação da ordem pública não se restringir às medidas preventivas, mas envolve ainda a utilização das devidas providências de cuidado da integridade das instituições, sua credibilidade social, e, ainda, o aumento da confiança da sociedade naqueles instrumentos que buscam em seu âmago repreender a delinqüência em todas as suas formas. (RHC 21.874/PR, Rel. Min. JANE SILVA, DJ 15/10/2007).

Reiterando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.717, fixou a tese de que o sério agravo à credibilidade das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública.” (STF, HC 85298-SP, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Aires Brito, julg. 29.03.2005).

4 A EXPOSIÇÃO PUNITIVA DA MÍDIA E O CLAMOR PÚBLICO

Um dos casos que mais incendiou as discussões jurídicas acerca da prisão preventiva foi a do casal Ana Carolina Jatobá e Alexandre Nardoni, acusados da morte de Isabela Nardoni em março de 2008.

Em maio do mesmo ano, decretou-se a prisão preventiva do casal, e grande parte do teor da decisão remete aos elementos clamor público, credibilidade da justiça, gravidade do delito, e ordem social:

(...) No presente caso concreto, ainda que se reconheça que os réus possuem endereço fixo no distrito da culpa, posto que, como se tem noticiado, o apartamento onde os fatos ocorreram foi adquirido recentemente pelos mesmos para ali estabelecerem seu domicílio, com ânimo definitivo, além do fato de Alexandre, como provedor da família, possuir profissão definida e emprego fixo, além de não ostentarem outros antecedentes criminais e terem se apresentado espontaneamente à autoridade policial para cumprimento da ordem de prisão temporária decretada anteriormente, isto somente não basta para assegurar-lhes a manutenção de sua liberdade durante todo o transcorrer da presente ação penal, conforme entendimento já pacificado perante a jurisprudência pátria (...) Na visão deste julgador, prisão processual dos acusados se mostra necessária para garantia da ordem pública, objetivando acautelar a credibilidade da Justiça em razão da gravidade e intensidade do dolo com que o crime descrito na denúncia foi praticado e a repercussão que o delito causou no meio social, uma vez que a prisão preventiva não tem como único e exclusivo objetivo prevenir a prática de novos crimes por parte dos agentes, como exaustivamente tem sido ressaltado pela doutrina pátria, já que evitar a reiteração criminosa constitui apenas um dos aspectos desta espécie de custódia cautelar (...) Crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da Justiça e do sistema penal. Não se pode, naturalmente, considerar que publicações feitas pela imprensa sirvam de base exclusiva para a decretação da prisão preventiva. Entretanto, não menos verdadeiro é o fato de que o abalo emocional pode dissipar-se pela sociedade, quando o agente ou a vítima é pessoa conhecida, fazendo com que os olhos se voltem ao destino dado ao autor do crime. Nesse aspecto, a decretação da prisão preventiva pode ser uma necessidade para a garantia de ordem pública, pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave.(...) Queiramos ou não, o crime imputado aos acusados acabou chamando a atenção e prendendo o interesse da opinião pública - em certa medida, deve-se reconhecer, pela excessiva exposição do caso pela mídia que, em certas ocasiões, chegou a extrapolar seu legítimo direito de informar a população - o que, no entanto, não pode ser ignorado pelo poder judiciário e fazer-se de conta que esta realidade social simplesmente não existe, a qual dele espera uma resposta, ainda mais

se levarmos em consideração que o inquérito policial que serviu de fundamento à presente denúncia encontra-se embasado em provas periciais que empregaram tecnologia de última geração, raramente vistas - o que é uma pena - na grande maioria das investigações policiais, cujos resultados foram acompanhados de perto pela população, o que lhe permitiu formar suas próprias conclusões - ainda que desprovidas, muitas vezes, de bases técnico-jurídicas, mas, mesmo assim, são conclusões - que, por conta disso, afasta a hipótese de que tal clamor público seja completamente destituído de legitimidade. (...) para decretar a PRISÃO PREVENTIVA dos réus ALEXANDRE ALVES NARDONI e ANNA CAROLINA TROTTA PEIXOTO JATOBÁ, por considerar que além de existir prova da materialidade do crime e indícios concretos de autoria em relação a ambos, tal providência também se mostra justificável não apenas como medida necessária à conveniência da instrução criminal, mas também para garantir a ordem pública, com o objetivo de tentar restabelecer o abalo gerado ao equilíbrio social por conta da gravidade e brutalidade com que o crime descrito na denúncia foi praticado e, com isso, acautelar os pilares da credibilidade e do prestígio sobre os quais se assenta a Justiça que, do contrário, poderiam ficar sensivelmente abalados (...)"

Quando a imprensa divulga crimes, suspeitos e indiciados, o que se vislumbra é o interesse em números de telespectadores. Seu alto poder de divulgação tem o condão de formar opiniões na população, que tomadas pela indignação e repúdio que certos crimes causam, exigem do Poder Judiciário e da polícia medidas urgentes e sancionadoras para deter o acusado.

Muitas vezes a ampla divulgação midiática leva à execração pública, e a população exige medidas repreensivas rápidas, vendo na prisão preventiva uma excelente opção, acreditando se tratar de uma condenação.

Um dos vários exemplos de grande exposição punitiva foi o caso da menina Isabela Nardoni, em março de 2008.

Um dos fundamentos da prisão preventiva de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, acusados pela morte de Isabella, foi a garantia da ordem pública.

O que se pretende tutelar com o encarceramento preventivo fundado na garantia da ordem pública é a paz pública. Há a intenção de evitar que outras pessoas fiquem expostas aos cidadãos, em tese, responsáveis pela infração penal sob apuração.

Em sucintas palavras, cuida-se de uma visão de periculosidade projetada na periculosidade do futuro, um juízo valorativo provável e elaborado a partir de fatos pretéritos.

O raciocínio adequado para se optar pela garantia da ordem pública não deve se inclinar pela proteção dos denunciados contra as manifestações populares, mas sim o de resguardar a sociedade de novos atos criminosos de similar natureza, ou não, decorrentes dos mesmos agentes.

Nesse sentido, no caso Nardoni, muito embora exista total e evidente desaprovação social frente à infração penal cometida, não procederia falar em prisão preventiva do casal réu, já que o clamor popular não faz jus á cautela. (ANDRETO, 2008, artigo da internet).

No caso de Alexandre e Ana Carolina, não se nega a gravidade do crime a eles imputado. No entanto, a prisão preventiva deles só será decretada se ficar evidenciada a presença de algumas das causas apontadas no artigo 312, do CPP, acima referido.

Deve o ordenamento jurídico se atentar ao princípio da presunção do estado de inocência, direito fundamental previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República, bem assim devem ser observados o princípio do devido processo legal, de idêntica estatura jurídica (inciso LIV do art. 5.º), e as disposições normativas aplicáveis (como

os artigos. 312 e 313 do Código de Processo Penal).(ROBALDO, 2008, artigo da internet).

A comoção social, a pressão da mídia, o clamor público ocasionado por repúdio ao crime não devem constitui fatores hábeis a autorizar que alguém, seja ele quem for, venha a ser preventivamente preso.

Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes durante uma palestra na Universidade de São Paulo afirmou que “” quem tem a missão de aplicar a Constituição, não deve ter medo de contrariar os impulsos da sociedade, até porque a sociedade forma sua opinião a partir de dados muitas vezes incompletos ””. (2009).

A justa prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, portanto, deve ter por escopo proteger a comunidade contra investidas criminosas que o denunciado possa vir a cometer caso permaneça em liberdade.

CONCLUSÃO

Diante de toda a exposição teórica e de análise de julgados, conclui-se que o conceito de ordem pública deve ser estabelecido sempre à luz de princípios constitucionais como devido processo legal, estado de inocência, razoabilidade e proporcionalidade.

Ainda, deve se atentar para o direito de liberdade do indivíduo, passível de ser restringido apenas diante de justificativas procedentes.

Dessa forma, o limite ao direito fundamental do artigo 5º, XV, da Constituição Federal (liberdade de locomoção), deve ter um fundamento concreto e demonstrado, sob risco de estar se conferindo verdadeiro cumprimento de pena não imposta com o uso indevido da preventiva.

A ordem pública não pretende apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. Ou seja, há uma soma de fatores determinantes que desencadeiam na preventiva.

Quanto às hipóteses legais da decretação da preventiva, todos os tribunais tem considerado ilegal e insuficiente, se devincludos de fatores concretos, a gravidade do delito, a periculosidade do agente presumida, o clamor social, quando se afirma de maneira genérica, que a preventiva faz-se necessária para acautelar o meio social..

A conveniência da medida preventiva pode ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa, uma vez que de forma alguma ele está alheio aos apelos.

Ocorre, porém, que o critério do clamor popular não deve, isoladamente, compor a justificação da preventiva, uma vez que a justiça não segue a política da demagogia, mas da legalidade e da proporcionalidade das medidas.

Clamor público e ordem pública são conceitos distintos, e entende-se que o primeiro está inserido em toda reação ao acometimento de um delito.

A gravidade do delito, por si só, também não determina a custódia cautelar, já que gravidade é algo acessório ao crime, estando inserido em todo tipo penal incriminador.

Somente na sustentação probatória da periculosidade do agente, concomitante à gravidade do delito cometido é que a medida cautelar é cabível. Essa é a chamada gravidade concreta do crime. Já a gravidade abstrata é a simples alegação, desprovida de exaustivas provas, acerca da frieza, ou violência exacerbada de uma conduta delituosa, incapaz de ser justificativa para a preventiva.

Da mesma forma, o resguardo da credibilidade da Justiça não é capaz de ensejar a prisão preventiva para acautelar a ordem pública, tendo em vista que tal credibilidade só se garante mediante criação de sistema jurisdicional público eficaz voltado para esse fim.

Não deve, portanto, a prisão preventiva fundada na ordem pública ser usada para escamotear falhas e ineficiências estruturais do Estado.

No que concerne à periculosidade do réu como motivo autorizador da decretação de prisão preventiva sob égide da garantia da ordem pública, não se pode partir de nenhuma presunção contra o réu. A periculosidade só tem sentido constitucional quando comprovada efetivamente, com demonstração inequívoca de fatos.

Por último, quanto à existência de residência fixa, ocupação lícita e demais condições pessoais favoráveis do réu, de maneira alguma obstam à decretação da preventiva, uma vez estando presentes os pressupostos do artigo 312 do Código Penal e alguma (s) das hipóteses do artigo 313 do mesmo *codex*. .

Sendo a garantia da ordem pública uma cláusula aberta, de conteúdo significante abrangente, o fundamento de medida tão drástica deve ter seu alcance limitado por meio de técnica hermenêutica de interpretação restritiva.

O que restou claro no trabalho monográfico apresentado foi que a prisão preventiva fundada na ordem social, seus requisitos, pressupostos, conflitam com as limitações conferidas na Constituição.

Pondera-se, por exemplo, entre o princípio do estado de inocência e a periculosidade do agente, ainda, entre condições pessoais favoráveis e princípio do contraditório.

Diante de toda a explanação, do posicionamento da doutrina, dos exemplos e julgados trazidos a instruir o trabalho monográfico, há que se concluir que a complexidade da prisão preventiva fundada na ordem pública somente é possível ser dirimida pelo uso do princípio da proporcionalidade.

Somente esse princípio possibilitará que se sobressaiam, em cada caso concreto, os elementos relevantes e suficientes para determinação da medida cautelar preventiva, revelando-se tal ponderação uma **delicada e verdadeira batalha** do Judiciário **pela justiça.**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREATO, Danilo. **Garantia da ordem pública e a prisão preventiva no caso Nardoni**. Net, São Paulo, Mai. 2008. Seção Artigos. Disponível em: < http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080509171400696 >
Acesso em: 04 out.2009

BARROSO, Luiz Roberto. **Princípio da Proporcionalidade**. 3.ed. Rio de Janeiro:Revista Forense, 2002. 128 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2.ed.São Paulo:RT, 1997.61p

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1997.97 p.

DE JESUS, Damasio. **Código de Processo Penal Comentado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.246 p.

DE OLIVEIRA. Eugenio Paccelli. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro:Lúmen Iuris, 2008. 416 p.

DE SOUZA NETTO. **Processo Penal - Sistemas e Princípios**. 4.ed.Curitiba: Juruá, 2006.62-68 p.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5.ed. São Paulo:RT,1994.

GONÇALVES. Atoldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2.ed.Rio de Janeiro:AIDE, 2001. 127 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 418 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.584 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15.ed. Rio de Janeiro:.Lumen Iuris, 2008. 17 p.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Caso Isabella: prisão preventiva, exploração, irracionalidade**. Net, São Paulo, Abr. 2008. Seção Artigos. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>
Acesso em 02 out. 2009.

STJ, RHC 15.016/SC, 5ª Turma. Rel.Min.FELIX FISCHER, DJ 09/02/2004.

RHC 21.874/PR, Rel. Min. JANE SILVA, DJ 15-10-2007.

TJPR, HC, 2ª Câm. Criminal. Relator: Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes. Julgado em 16-07-2009.

TJPR, HC, 2ª Câmara.Criminal, Relator :José Laurindo de Souza Netto. Julgado em 30-10-2008.

TJPR, HC. 4ª Câmara.Criminal.Relator: Luiz Cezar Nicolau.Julgado em 13-03-2009.

TJPR, HC. 1ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Osorio Moraes Panza. Julgado em 23/07/2009.

TJPR, HC. 1ª Câ. Criminal. Rel: Oto Luiz Sponholz. Julgado em 06-08-2009

TJPR, Recurso em Sentido Estrito. 1ª Câmara Criminal.Relator:Macedo Pacheco.Julgado em 24-07-2009.