

ANA CAROLINE FERREIRA PIMENTEL CARNEIRO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO “CLAMOR PÚBLICO” COMO
FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTVA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. MSc. José Carlos Veloso
Filho

Brasília

2011

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 MEDIDAS CAUTELARES E A PRESSÃO DA MÍDIA NO PROCESSO PENAL.....	06
1.1 As medidas cautelares	06
1.2 A crônica judiciária e a sua influência	12
2 O CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	20
2.1 Análise do artigo 312 do Código de Processo Penal	20
2.2 Entendimento majoritário da doutrina sobre o fundamento do “clamor público” na decretação de prisão preventiva	24
3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	38
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	48

RESUMO

Trata-se de trabalho acerca da hipótese “clamor público” como fundamento para a decretação da prisão preventiva, objetivando concluir quanto à sua constitucionalidade ou não. Questiona-se se este é realmente argumento válido para decretar a privação da liberdade da pessoa antes do fim do devido processo legal e, se assim for, se estariam respeitadas todas as suas garantias constitucionais. Para chegar à conclusão quanto ao problema proposto foi feita uma pesquisa teórica doutrinária e jurisprudencial e foram tratados conceitos atinentes à questão e essenciais para sua composição: as medidas cautelares; a pressão da mídia que corrobora para a formação do “clamor público”; além da discussão fundamental quanto à constitucionalidade do fundamento “clamor público” para a decretação da prisão preventiva.

Palavras-chaves: clamor público, prisão preventiva, inconstitucionalidade, medidas cautelares, mídia

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva trata-se de uma medida cautelar que tem caráter excepcional, decretada instrumentalmente durante o processo com fins à tutela deste, resguardando o seu bom andamento e a eficácia de eventual decreto condenatório. Dessa forma, só pode ser aplicada, assim como as demais medidas cautelares, se demonstrada sua necessidade e adequação, conforme o artigo 282 do Código de Processo Penal, com nova redação trazida pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011.

O artigo 312 do Código de Processo Penal traz hipóteses específicas para a decretação de tal medida cautelar, a saber a garantia da ordem pública, a garantia de ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal. Ocorre que por vezes parte da doutrina e da jurisprudência aceitam também o “clamor público” como fundamento legítimo para a sua decretação da prisão preventiva, o que ocorre em parte por uma confusão de “clamor público” com a “garantia de ordem pública”, dentre outros motivos.

Porém, questiona-se se esta realmente trata-se de uma hipótese válida para decretar a privação da liberdade de alguém antes do término do devido processo legal. E assim sendo, estariam respeitadas todas as garantias constitucionais e processuais do acusado? Foi este impasse constitucional que levou à escolha e pesquisa desse tema.

Tal discussão suscita questões constitucionais e processuais penais, logo, para seu perfeito entendimento, é necessário beber nessas áreas do Direito. Mas para chegar a uma conclusão coerente, antes de adentrar na própria validade e constitucionalidade do

fundamento “clamor público”, é necessário analisar elementos referentes à questão e que influenciam a sua composição.

Um deles é a própria natureza excepcional das medidas cautelares, que devem ser aplicadas apenas quando não resta outra alternativa. Além disso, é preciso também verificar a influência que a mídia exerce, o que é determinante para a formação do “clamor público”. Ainda, é de extrema importância saber o que realmente está inserido no conceito de “clamor público”.

Depois de esclarecidos todos esses pontos pode-se entrar no mérito da questão da constitucionalidade do fundamento “clamor público” a fim de dirimir os questionamentos levantados acima.

A partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial todos esses pontos serão desenvolvidos a seguir, demonstrando a opinião prevalecente destes seguimentos e argumentos para que se conclua, por fim, se o “clamor público” é idôneo e constitucional, podendo ser admitido para a decretação preventiva ou não, sob o risco, dentre outros, de ferir a presunção de inocência do acusado.

1 AS MEDIDAS CAUTELARES E A PRESSÃO DA MÍDIA NO PROCESSO PENAL

1.1 As medidas cautelares

Na legislação brasileira, as medidas cautelares processuais penais têm caráter excepcional, meramente acautelatório, com função instrumental de tutela do processo. Tal prisão, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, só pode ocorrer para resguardar o bom andamento do processo penal e a eficácia de eventual decreto condenatório, sob pena de ferir o direito fundamental da presunção da inocência do acusado constante do inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).¹ Roberto Delmanto Júnior assevera tal natureza:

(...) a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório. (...) Somente com relação à prisão provisória tipicamente cautelar é que, por não ocorrer apriorística consideração prévia de culpa do indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional de reafirmação do status de inocência, enquanto não haja condenação firme.²

As medidas cautelares, de acordo com a nova redação do artigo 282 do Código de Processo Penal, trazida pela lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, deverão ser aplicadas observando-se: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos” casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

² DELMANTO Jr., Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2001, p. 87.

penais;“ e II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.”³

Ou seja, o juiz ao decretar alguma das medidas cautelares deverá necessariamente fundamentar sua decisão em alguma das duas hipóteses do inciso I do referido artigo e proporcional às circunstâncias do artigo II: a gravidade do crime, o próprio fato e as condições da pessoa a que será aplicada a medida.⁴

Guilherme de Souza Nucci afirma que, em linhas gerais, “os requisitos para a aplicação das medidas cautelares concentram-se, basicamente, na *necessidade* e na *adequação*” conforme os supracitados incisos.⁵

As medidas cautelares previstas no Título IX do Código de Processo Penal tratam de diversas modalidades de restrição à liberdade individual, desde forma mais gravosa até mais leve, desde a prisão até a proibição de contato com pessoa específica. Em virtude disto, não podem ser decretadas a não ser com embasamento fático e legal, já que o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) encontra-se acima das regras processuais.⁶

Guilherme de Souza Nucci esclarece o caráter fundamental das novas medidas, com base no requisito da necessidade:

O estado de inocência pressupõe que as eventuais restrições à liberdade individual sejam, efetivamente, indispensáveis. Eis o primeiro caráter das novas medidas, que se associam à prisão cautelar: *necessidade*.

³ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

⁴ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

O art. 282, I, abraçando esse requisito, empresta dois fatores diretamente ligados à prisão preventiva (art. 312, CPP), embora com módicas alterações, que são: garantia da aplicação da lei penal e conveniência de investigação ou instrução criminal. Além desses, cria um novo fator, consistente na evitabilidade da prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos em lei.⁷

O outro requisito constante do inciso II do artigo 282⁸ trata-se da adequação que relaciona-se ao princípio constitucional da proporcionalidade:

O segundo caráter das novas medidas cautelares liga-se à *adequabilidade*. Esse fator, sem dúvida, concerne ao princípio constitucional da proporcionalidade. Observa-se, cada vez mais, a vinculação e a integração entre os princípios constitucionais penais e processuais penais. Nesse prisma, já havíamos apontado a umbilical ligadura entre a proporcionalidade e a individualização da pena, além de indicar a união entre legalidade e prisão cautelar (*Princípios constitucionais penais e processuais penais*). Agora, nota-se o vínculo entre as medidas cautelares e a proporcionalidade, ou seja, tal como se fosse uma autêntica individualização da pena, deve-se analisar o fato e seu autor, em detalhes, para aplicar a mais adequada medida cautelar restritiva de liberdade. Cuida-se da *individualização da medida cautelar*, vez que existem várias à disposição do magistrado para a aplicação ao caso concreto.⁹

Estabelece ainda o parágrafo 1º do artigo 283, com intuito de firmar ainda mais a adequação da medida, que esta não poderá ser aplicada à infração que não for punível com pena privativa de liberdade.¹⁰

Outro ponto que há de se destacar, mudança trazida também pela Lei nº 12.403/2011, ressaltando ainda mais a excepcionalidade da constrição da liberdade antes da sentença condenatória, é que existem alternativas à prisão preventiva, devendo esta ser determinada somente quando não for cabível a sua substituição por nenhuma dessas outras

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 26-27.

⁸ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 27-28.

¹⁰ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

medidas cautelares, conforme dispõe o parágrafo 6º do artigo 282.¹¹ Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prisão preventiva deve ser a *ultima ratio* (última opção), primando-se pelo “respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima. Eis mais um contato entre princípios penais e processuais penais: a prisão preventiva, tanto quanto a lei incriminadora, passa a ter conotação de *subsidiariedade*.”¹²

Tais medidas encontram-se no capítulo V: “DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES” e de acordo com o artigo 319 são elas:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.”¹³

No presente trabalho o estudo estará voltado para a prisão preventiva e seus fundamentos, principalmente o “clamor público” e sua constitucionalidade, mas antes de passar à análise de tais pontos, é de valia discorrer brevemente acerca das demais prisões

¹¹ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.32.

¹³ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

cautelares: a prisão temporária e a prisão em flagrante;¹⁴ e também da pressão midiática que infla o clamor público influenciando o processo e o juiz na decretação de medidas cautelares e também na sentença.¹⁵

A prisão temporária foi instituída pela Lei nº 7.960, de 21.12.89 e também fica reservada aos casos de maior gravidade. Dá-se em virtude da necessidade e conveniência para a investigação na fase do inquérito policial, é a prisão para averiguações. Também sendo necessária a demonstração da imprescindibilidade da medida¹⁶. É o que confirma o *habeas corpus* abaixo:

PRISÃO TEMPORÁRIA - Demonstração da imprescindibilidade da medida - Necessidade - Abordagem acerca dos antecedentes do agente - Irrelevância:

112 - Para a decretação da prisão temporária é necessário que se demonstre a imprescindibilidade da cautela, devendo a autoridade mencionar por que as investigações não podem prosseguir sem a adoção da referida medida, sendo irrelevante qualquer abordagem acerca dos antecedentes do agente, vez que tal instituto de exceção tem pressupostos próprios, que não devem ser confundidos com os da prisão preventiva.¹⁷

A prisão em flagrante está regulada nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal e no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal e de acordo com Julio Fabbrini Mirabete esta possibilidade deriva da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória das prova da materialidade do fato e da respectiva autoria”.¹⁸ A sua aplicação

¹⁴ Quanto à prisão resultante da decisão de pronúncia e à prisão decorrente de sentença penal condenatória não transitada em jugado, estas estão vinculadas aos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, por isso recebem a mesma denominação da prisão preventiva (Fernanda Maria Alves Gomes, 2011).

¹⁵ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, pp. 266-267.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. São Paulo: Atlas, 11ª ed., 2003, p. 797.

¹⁷ TACRIM-SP – HC nº 289.372/1 – Rel. Di Rissio Barbosa - RJTACRIM 31/342.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. São Paulo: Atlas, 11ª ed., 2003, p. 735.

também só é possível diante de imperiosa necessidade, havendo evidências quanto à autoria e a tipicidade do fato, considerando-se em flagrante delito, de acordo com o artigo 302, aquele surpreendido cometendo a infração penal ou logo após cometê-la, ou é perseguido, logo após, em situação que faça presumir ser o autor da infração, ou ainda é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.¹⁹

A lei 12.403/2011 trouxe nova redação para o artigo 310:

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.²⁰

O juiz deverá examinar no caso concreto se há ilegalidade no flagrante, na autuação, ou excesso de prazo e existindo algo nesse sentido, deve relaxar a prisão; mas sendo a prisão legal, deve analisar a possibilidade de concessão de liberdade provisória e a adequação das medidas cautelares diversas da prisão, constantes do artigo 321. Por último, não sendo as medidas adequadas ao caso concreto, nem o caso de concessão de liberdade provisória sem fiança, deve converter a prisão em flagrante em preventiva, presentes os requisitos do artigo 312.²¹

¹⁹ BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

²⁰ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

²¹ GOMES, Fernanda Maria Alves Gomes. Medida cautelar pode ser aplicada acompanhada. <http://www.conjur.com.br/2011-mai-09/novas-medidas-cautelares-podem-aplicadas-sozinhas-ou-acompanhadas> (acesso em 10.05.2011)

Finda esta sucinta análise das medidas cautelares, passemos então à mídia e sua capacidade de influenciar o público e as partes processuais.

1.2 A crônica judiciária e a sua influência

Diante da grande relevância e destaque que tomam os julgamentos criminais, a imprensa, por certo, desempenha papel muito importante na divulgação e esclarecimento do ocorrido para a sociedade.²² E, em virtude disso, fala-se muito do direito à informação nos dois pólos, de um lado há o direito dos meios de comunicação de informarem e do outro há o direito da sociedade de ser informada.

A mídia goza, com respaldo constitucional, da liberdade de imprensa, uma instrumentalização da liberdade de expressão, garantida no artigo 220 da Magna Carta:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.²³

Além de ser seu direito, é também sua função social transmitir acontecimentos, informações e opiniões sobre fatos relevantes e de interesse da sociedade. Porém, ao fazer isso muitas vezes excede seu papel de informar ao emitir juízos de valor e

²² VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

fazer estigmatizações, influenciando, mesmo que tacitamente, a opinião pública, a decisão do juiz e dos jurados, nos casos do Tribunal do Júri²⁴.

A crônica judiciária, que é basicamente a “narração dos atos processuais ou reprodução dos seus termos pelos meios de comunicação social”,²⁵ é uma das formas mais eficazes de se dar cumprimento e efetividade ao princípio da publicidade. Ao mesmo tempo em que é um exercício da liberdade de informar, a crônica judiciária tem papel de intermediário entre os atos processuais e a população, conforme se pode observar nas palavras de Ana Lúcia Menezes:

A crônica judiciária é um desses meios, entre outros, que são dispostos a intermediar a notícia dos fatos criminosos e da atuação da Justiça em relação a seus autores. Ela representa um aspecto particular da liberdade de manifestação do pensamento, uma espécie de atividade jornalística que decorre do direito dos meios de comunicação informarem. Distingue-se da crônica em geral pela peculiaridade de seu objeto, ou seja, é a exposição de fatos atinentes não a fenômenos sociais, políticos ou culturais, mas é específica a fatos relacionados aos atos judiciais.²⁶

Tal função se dá já que o brocardo jurídico utilizado pelos sujeitos processuais é muito técnico, dificultando a compreensão de pessoas leigas nessa área, além do fato de ser impossível a presença de um grande e relevante número pessoas no local onde são realizadas as audiências e os atos processuais.²⁷

A mídia utiliza uma linguagem livre, usando de textos, entrevistas, debates, imagens televisivas ou fotografadas, entre outros, para traduzir a linguagem erudita utilizada pelos profissionais de direito, tornando visível a Justiça, decodificando-a e fazendo-a compreensível, já que não é suficiente ver e conhecer a justiça, é necessário entendê-la. Em

²⁴ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

²⁵ PIMENTA, José da Costa. Introdução ao Processo Penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p.222.

²⁶ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 104.

²⁷ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

suma, ela traduz as informações para uma linguagem clara e simples, acessível a todas as pessoas.²⁸

Essa função decodificadora da linguagem judicial, formal, que é inacessível à grande maioria do público, é compreendida por Ana Lúcia Menezes Vieira como um dos aspectos mais positivos e relevantes da publicidade dos processos feita pela imprensa.²⁹

Até porque é isso que possibilita que a sociedade tenha reais condições de fiscalizar a ação do Judiciário, pois só se pode opinar e criticar algo do qual se tenha o mínimo de conhecimento. Assim só podendo ser efetivada a garantia da publicidade se a pessoa tenha oportunidade de compreender o que se passa no processo.³⁰

Mas para que isso se efetive é necessário que aqueles que transmitem a notícia tenham o mínimo conhecimento técnico para falar com propriedade e não cometer distorções. O tecnicismo jurídico exige conhecimento do desenrolar do processo, dos termos utilizados e do significado do que se pretende noticiar. Apesar de ser uma tarefa difícil conhecer o linguajar processual, é imprescindível para assegurar os direitos do acusado e da própria justiça.³¹

Chega-se à conclusão então de que a mídia contribui para o controle da administração judiciária e em função disso não se deve renunciar à publicidade processual para evitar a influência da imprensa nas decisões judiciais.³²

²⁸ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

²⁹ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

³⁰ VIGORITI, Vincenzo. La pubblicità delle procedure giudiziarie: prolegomeni storico-comparative. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, ano 27, n. 4, 1973, p. 1426.

³¹ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

³² GIOSTRA, Glauco, Processo penale e informazione, Milano: Giuffrè, 2ª ed., 1989, p.27.

Mas é fato que a publicidade traz malefícios para o sistema penal. Isso ocorre justamente quando nos deparamos com jornalistas que não tem conhecimentos básicos acerca do processo, estes muitas vezes deturpam conceitos, confundem funções e procedimentos. “Assim, publicam mensagens incompletas, equivocadas que apenas desinformam o público receptor de notícias”.³³

Pior ainda é quando emitem opiniões sem o devido embasamento, trazendo assim uma informação inexata. Francisco de Assis Serrano Neves critica esta deformação dos atos processo pela imprensa:

A imprensa conhece o processo criminal muito por baixo, muito elementarmente. Joga, quase sempre, apenas com informações, sempre tendenciosas ou parciais (resultantes de diálogos com autoridades ou agentes policiais, advogados e parentes das partes, etc.). Ora, se assim é, a crônica ou a crítica, em tais circunstâncias é, por via de consequência, às vezes injusta, não raro distorcida, quase sempre tendenciosa. Portanto, à vista de episódios que serão encaminhados ao Judiciário, ou que neste já se encontrem, cabe ao jornalista, por sem dúvida, a tarefa de aperfeiçoar sua prudência.³⁴

As consequências geradas por esse tipo de divulgação são ruins, tanto para o acusado, como para a própria Justiça. O acusado logo é taxado como o bandido, ferindo a presunção de sua inocência e levando a uma condenação informal precoce, e a Justiça vista como ineficaz.³⁵

Por exemplo, é corriqueiro os meios de comunicação noticiarem como definitiva a decretação de uma prisão temporária e quando a medida cautelar posteriormente é verificada desnecessária e divulga-se a soltura do investigado, a Justiça é desacreditada.³⁶

³³ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 108/09.

³⁴ NEVES, Francisco de Assis Serrano. Direito de imprensa. São Paulo: Jose Bushatsky, 1977, pp. 407/08.

³⁵ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

³⁶ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

Assim, vê-se que a influência da mídia é ilimitada no processo penal e como se costuma dar mais notabilidade aos casos chocantes, geralmente homicídios, a influência ainda é maior no Tribunal do Júri, onde quem faz o julgamento é o júri popular, mais vulnerável ainda à pressão midiática.³⁷

Mas nem mesmo o magistrado, que deve ser imparcial e se basear na lei, princípios e provas produzidas no âmbito do processo, não é imune a essa pressão. Os juízes são seres humanos e, assim, “participam do inconsciente coletivo” e podem formar sua opinião e próprio conhecimento influenciados pelo que foi divulgado pela mídia ou pelo que se espera deles.³⁸

É comum crimes serem noticiados emitindo juízo de valor e é esse tipo de divulgação que pode vir a influenciar tanto a sociedade como o próprio juiz, diferentemente da divulgação imparcial, cumpridora do papel social da mídia. Sobre essa distinção Odone Sanguiné é incisivo:

Quando os órgãos da Administração de Justiça estão investigando um fato delitivo, a circunstância de que os meios de comunicação social proporcionem informação sobre o mesmo é algo correto e necessário numa sociedade democrática. Porém, uma questão é proporcionar informação e outra é realizar julgamentos sobre ela. É preciso, portanto, partir de uma distinção entre informação sobre o fato e realização de valor com caráter prévio e durante o tempo em que se está celebrando o julgamento. Quando isso se produz, estamos ante um juízo prévio/probatório que pode afetar a imparcialidade do juiz ou tribunal, que, por sua vez, se reflete sobre o direito do acusado à presunção de inocência e o direito ao devido processo.³⁹

A divulgação extravagante e com informações duvidosas na maioria das vezes faz um pré-julgamento e já estigmatiza o acusado como bandido, condenando-o antes

³⁷ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

³⁸ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179.

³⁹ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 268.

mesmo da sentença e ferindo sua presunção de inocência e garantias constitucionais e processuais, o bastante para influir no convencimento e na decisão do juiz. O trecho abaixo de Odone Sanguiné confirma essa influência negativa:

Um obstáculo importante para a realização efetiva da presunção de inocência é a manifestação, rápida e precipitada, dos *mass media*, que precede à decisão do Tribunal (...) o que pode perturbar o desenvolvimento de julgamentos posteriores, porque alguns juízes são influenciados negativamente em relação ao acusador por meio de descrição televisiva, por exemplo.⁴⁰

Ana Lúcia Menezes Vieira também assevera o dano causado por tal tipo de divulgação que causa um julgamento pelos meios de comunicação:

Quando se pensa no indiciado em uma investigação policial, ou acusado de um processo-crime, o julgamento pelos meios de comunicação, o julgamento pelos meios de comunicação de massa podem atingir proporções graves e irreparáveis na vida, dignidade e honra dessas pessoas que terminam, por vezes, condenadas pela opinião pública. Podem ser afetados, também, interesses da vítima e testemunhas, as quais se veem obrigadas a expor durante o procedimento penal circunstâncias de suas vidas que, a não ser pelo dever de dizer a verdade, teriam guardado na mais profunda intimidade.⁴¹

Essa influência da mídia ocorre de várias formas, tanto direta quanto indiretamente. Uma delas é quando a mídia noticia o fato teatralmente e o soma-se a crônica judiciária com o pensar e sentir do magistrado e então este forma um opinativo pré-concebido, do qual ele não consegue mais se desvincular, fazendo-o julgar o suspeito e as provas de

⁴⁰ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, pp. 269/70.

⁴¹ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20.

forma tendenciosa⁴². Assim, surge um julgamento extraprocessual, convencendo-se antecipadamente o juiz da culpabilidade do réu⁴³.

Essa influência da mídia pode ocorrer na motivação de diversos tipos de decisão penal, até mesmo no Tribunal do Júri onde quem decide não é propriamente o juiz, mas sim os jurados.⁴⁴

A pressão midiática prejudica o acusado também durante o feito. Observa-se claramente e muito comumente essa pressão, que é determinante na “formação” do clamor público, no tocante à decretação das medidas cautelares, anteriormente explanadas, o que se confirma no trecho abaixo da obra de Ana Lúcia Menezes Vieira:

Aloysio Maria Teixeira salienta “que na notícia do fato as distorções voluntárias ou não da versão verdadeira, em princípio, não prejudicam a solução justa, porque tais notícias não influem no julgamento que tem de basear-se na aferição da verdade, segunda as provas tecnicamente colhidas (...)”.⁴⁵ Mas, adverte Giostra, que, invariavelmente, uma tendenciosa campanha de imprensa pode estremecer e condicionar a liberdade de determinação do juiz.⁴⁶ Com efeito, não é incomum entre nós decisões judiciais de decreto de prisão preventiva ou temporária, ou indeferimento de liberdade provisória, que se sustentam na repercussão dada ao fato – em razão do acusado ou da vítima – pelos meios de comunicação. Embora tais decisões sejam fundamentadas, não encontramos externadas nelas as razões internas, íntimas, subjetivas, que levaram o magistrado a decidir de uma ou outra maneira.⁴⁷

Isto se dá principalmente quanto à decretação da prisão preventiva, a qual será analisada a seguir, bem como o “clamor público” frequentemente usado como seu fundamento.

⁴² VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179.

⁴³ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método 2001, pp. 269/70.

⁴⁴ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

⁴⁵ TEXEIRA, Aloysio Maria. Publicidade dos atos criminais e dos processos penais. *Revista Brasileira e Criminologia e Direito Penal*, ano 1, n. 1, 1963, pp. 127-135.

⁴⁶ GIOSTRA, Glauco, *Processo penale e informazione*, Milano: Giuffrè, 2ª ed., 1989, p.90.

⁴⁷ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

2 O CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Análise do artigo 312 do Código de Processo Penal

A prisão preventiva, *stricto sensu*, é uma medida cautelar, decretada pelo juiz no decorrer do processo ou do inquérito policial, com vistas a assegurar os interesses sociais de segurança. Só pode ocorrer diante da existência dos pressupostos legais- *fumus comici delicti e periculum libertatis*, já que é uma medida de exceção, pois suprime a liberdade do acusado antes do trânsito em julgado, aqui há um sacrifício do direito deste indivíduo para assegurar a efetividade do processo.⁴⁸

Eugênio Pacelli de Oliveira confirma a necessidade do da limitação da decretação às hipóteses previstas na lei, apegando-se ao princípio da legalidade:

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por *efetividade* estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal.⁴⁹

A prisão preventiva somente se justifica quando for a única maneira de satisfazer a necessidade de proteger a persecução penal.⁵⁰ Seu caráter de excepcionalidade é

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 61 e 63.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 7ª ed., 2007, p 433.

⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 7ª ed., 2007, p 433.

confirmado pelos julgados abaixo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo, respectivamente:

Habeas corpus. Prisão preventiva. Necessidade de análise objetiva dos requisitos legais. Medida excepcional, que só deve ser aplicada quando absolutamente indispensável. Ordem concedida, por maioria”⁵¹
A prisão provisória, como cediço, na sistemática do Direito Penal Positivo é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é sempre uma punição antecipada”⁵²

A alteração trazida pela lei 12.403/2011 acentua ainda mais a excepcionalidade da medida,⁵³ o parágrafo 6º do artigo 282 estabelece que esta só poderá ser determinada quando não for possível a substituição por nenhuma das outras medidas previstas no artigo 318.⁵⁴

Os pressupostos da prisão preventiva são a “prova da existência do crime” e o “indício suficiente de autoria”, sem a coexistência de ambos há constrangimento ilegal e injustificável violência.⁵⁵

A exigência de “prova da existência do crime” trata-se de materialidade delitiva, não basta mera suspeita, quanto ao “indício suficiente da autoria ” não se trata de certeza absoluta, e sim “daquela probabilidade tal que convença o Magistrado”, uma probabilidade que seja suficiente e não uma simples possibilidade de autoria⁵⁶.

⁵¹ TJRS- RJTJERGS 190/73.

⁵² TJSP- RT 531/301.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

⁵⁴ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2007, p. 502.

As circunstâncias que autorizam a preventiva, constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal, são a garantia da ordem pública, a garantia de ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal. E também na hipótese do parágrafo único, incluindo pela Lei 12.403/2011: descumprimento de qualquer das obrigações impostas por outras medidas cautelares.⁵⁷

A “garantia da ordem pública” visa evitar que o acusado volte a praticar crimes contra a vítima ou outra pessoa, “quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmo estímulos relacionados com a infração cometida.”⁵⁸ Há muita discussão sobre esta circunstância, tendo até mesmo uma parte da doutrina e da jurisprudência que incluem o “clamor público” como uma das hipóteses em que há de se garantir a ordem pública.⁵⁹ Este ponto será aprofundado no próximo tópico.

Entenda-se por ferir a “ordem econômica”, de acordo com a Lei nº 8.884/1994 que incluiu esta possibilidade no artigo 312, condutas que tenham por objeto ou efeito limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens e serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.⁶⁰

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. São Paulo: Atlas, 11ª ed., 2003, p. 803.

⁵⁹ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 258.

⁶⁰ BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 1994.

Garantir a “conveniência da instrução criminal” objetiva assegurar a prova processual contra a ação do suspeito, que pode fazer desaparecer provas do crime, “apagando vestígios, subornando, aliciando ou ameaçando testemunhas⁶¹.

Assegurar a “aplicação da lei penal” ou a execução da pena visa impedir o desaparecimento do autor que pretenda subtrair-se dos efeitos de potencial condenação.

O acusado que não tem profissão definida, não possui endereço conhecido, não reside no distrito da culpa, não tem laços familiares etc, pode perfeitamente evitar a aplicação da lei penal, sem maiores prejuízos para si, desaparecendo da comarca, inclusive dirigindo-se a outro Estado onde sua localização se torna mais difícil. A fuga ou escusa em atender o chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda ou incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia provisória.⁶²

Por último, há que se falar sobre a admissibilidade da prisão preventiva, onde houve também grande inovação trazida pela Lei 12.403/2011. Antes era admitida nos crimes dolosos punidos com reclusão e com detenção, quando o acusado fosse vadio ou de identidade duvidosa, se o réu tivesse sido condenado, em sentença transitada em julgado, por outro crime doloso ou se crime violência doméstica e familiar contra a mulher. “Não cabia em crime culposo, contravenção penal, crimes em que o réu se livrava solto ou agiu em excludente de ilicitude.”⁶³

A nova redação do artigo 313 estabelece que será admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, se for reincidente em crime doloso, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. São Paulo: Atlas, 11^a ed., 2003, p.811.

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. São Paulo: Atlas, 11^a ed., 2003., p.812.

⁶³ GOMES, Fernanda Maria Alves Gomes. Medida cautelar pode ser aplicada acompanhada. <http://www.conjur.com.br/2011-mai-09/novas-medidas-cautelares-podem-aplicadas-sozinhas-ou-acompanhadas> (acesso em 10.05.2011)

execução das medidas protetivas de urgência ou se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa.⁶⁴

Além dessas também, há a possibilidade da decretação quando há o descumprimento de qualquer uma das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, conforme o parágrafo único do artigo 282.⁶⁵

2.2 O clamor público como fundamento da prisão preventiva

Há uma grande divergência sobre a legitimidade de tal fundamento, destacando-se dois posicionamentos a respeito, que podem ser observados no trecho abaixo de Fernando Capez:

A brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo. Assim já decidiu o STJ: "... quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade da cautela" (RT, 656/374). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Levando-se em conta a gravidade dos fatos, não está fora de propósito argumentar sobre a ocorrência de clamor público e temor da vítima, justificando a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública..." (RT, 691/314). Há, no entanto, uma forte corrente em sentido contrário, sustentando que, neste caso, não se vislumbra *periculum in mora*, porque a prisão preventiva não seria decretada em virtude de necessidade do processo, mas simplesmente em face da gravidade do delito, caracterizando-se afronta ao estado de inocência. Nesse sentido já decidiu o STF: "A

⁶⁴ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

⁶⁵ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva" (RT, 549/417).⁶⁶

De acordo com Odone Sanguiné, um setor doutrinário e uma grande parte da jurisprudência dos Tribunais aceitam o “clamor público” como justificativa para decretação da prisão preventiva, alegando que os enunciados exemplificativos são suficientes e confundindo a noção de “clamor público” com a “garantia de ordem pública”.⁶⁷ Tal pensamento muitas vezes sofre forte influencia pela mídia.

Porém, o *caput do* artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro é taxativo quanto às hipóteses que permitem a sua decretação:

A prisão preventiva poderá ser decretada com garantia de 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.⁶⁸

Não está incluído entre estes o “clamor publico”, muitas vezes usado como fundamento para a prisão preventiva, este não é mais nem mesmo causa para a não concessão da liberdade provisória, como constava da redação do inciso V do artigo 323 do Código de Processo Penal antes da Lei 12403 de 2011, que o revogou.⁶⁹ Não pode o juiz fazer uma interpretação extensiva e usar outra hipótese que não as trazidas pelo artigo 312, fazendo prevalecer seu entendimento à lei.

Porém, antes de entrar no mérito da questão propriamente dita, é importante definir a expressão “clamor público” e o que nela está incluído ou deixa de estar. De acordo

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 11^a ed., 2004, p.243.

⁶⁷ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 258.

⁶⁸ BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

⁶⁹ BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

com Odone Sanguiné a doutrina processualista coincide em definir a expressão “clamor público” como indignação, descontentamento ou comoção no meio social resultante da prática de crimes em circunstâncias especiais que causem essa repercussão.⁷⁰

Entretanto, não é só isso que está envolvido, não basta o “simples vozerio, os gritos de várias pessoas juntas apontando alguém como culpado, nem se confunde com o conceito mais amplo de ordem pública”.⁷¹

Há na jurisprudência uma grande diversidade de significados para “clamor público”, muitas vezes fazendo apenas referência a esta, sem detalhar especificamente o que seja e o que causou, o que, de acordo com Odone Sanguiné, é certamente insuficiente do ponto de vista da motivação.⁷²

Vejamos então hipóteses elencadas por Odone Sanguiné que ora a doutrina, ora a jurisprudência, ora ambas consideram como sendo ou não “clamor público”, muitas delas confundindo-se com o conceito de “ordem pública”.⁷³

Muitas vezes a doutrina aceita como circunstância para a decretação da prisão preventiva com o fim de preservação da garantia da ordem pública a repercussão do crime na sociedade, objetivando revificar o equilíbrio social e a ordem atingidos com o crime. Nesse sentido, o clamor público seria a “grande indignação que crimes perpetrados em

⁷⁰ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 259.

⁷¹ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 259.

⁷² SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 260.

⁷³ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, pp. 260-268.

circunstâncias extraordinárias causam na sociedade, gerando considerável *repercussão no meio social*".⁷⁴

Por vezes a jurisprudência aceita como parte do conceito de ordem pública a preservação da credibilidade do Estado e da Justiça, em virtude da gravidade do crime e sua repercussão.⁷⁵

Porém, conforme Antonio Alberto Machado,⁷⁶ nas palavras de Odone Sanguiné, “a preservação da imagem da justiça não deve ser pretexto para a prisão preventiva dos acusados”,⁷⁷ pois a eficiência da justiça e do combate à criminalidade não está ligado a uma melhor ou maior repressão do Judiciário, mas sim a fatores socioeconômicos, o que enseja na necessidade de uma reforma estrutural no aparelho repressivo e na base da sociedade.⁷⁸ Além disso, tal entendimento também mostra-se equivocado ao passo que todo processo tenta reafirmar a confiabilidade da Justiça no Estado e, assim, por esse posicionamento da jurisprudência, o acusado poderia ser detido cautelarmente em qualquer processo.⁷⁹

Um setor da doutrina relaciona também a finalidade preventiva de tal modalidade de prisão em crimes graves com a satisfação da opinião pública. As massas necessitam de alguém para responsabilizar e afagar seu ânimo. O que pode ser perigoso

⁷⁴ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira e BAZ, Marco Antonio Garcia. Fiança Criminal e Liberdade Provisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2000, p 157.

⁷⁵ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, pp. 261.

⁷⁶ MACHADO, Antonio Alberto. Prisão Preventiva. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 59.

⁷⁷ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 261.

⁷⁸ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 262.

⁷⁹ HASSAN CHOUKR, Fauzi. “A ordem pública como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial”, Processo Penal à Luz da Constituição. Bauru: Edipro, 1999, p.115/16.

quando leva o magistrado a encarcerar o suspeito apenas para tranquilizar o alarma social quando este poderia e deveria permanecer em liberdade.⁸⁰

A jurisprudência ainda se refere à proteção da paz pública, tendo o crime gerado odiosidade e desejo de vingança aceita-se tal hipótese como suficiente para a decretação da prisão preventiva, garantindo a tranquilidade e a ordem social.⁸¹

A comoção social ou popular é muito usada pela jurisprudência para definir “clamor público”, desdobrando-a nos seguintes sentidos: “a) desassossego, temor geral, espanto, perplexidade, abalo ou inquietação social; b) indignação, repulsa profunda ou revolta na comunidade; e c) gravidade do crime: periculosidade e *modus operandi*.”⁸²

De acordo com a primeira situação, se justifica a prisão preventiva:

“pela finalidade de frustrar eventual sentimento de atemorização que possa sentir a sociedade, desprotegida com agressividade da ação, quando a gravidade e/ou a circunstâncias do crime provoca comoção social e clamor público, desassossego e descrença no princípio da autoridade, como medida para acalmar abalo sofrido pela comunidade dada a violência com que o delito foi cometido (...)”⁸³

A segunda concepção, “indignação, repulsa profunda ou revolta na comunidade”, traz a prisão preventiva como resposta a tal sentimento em virtude de grave delito.

⁸⁰ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 262.

⁸¹ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 262/63.

⁸² SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 263/64.

⁸³ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 263/64.

Quanto à terceira, associa-se muitas vezes o clamor público na jurisprudência com a gravidade do crime e a periculosidade e também ao *modus operandi* nos crimes graves:⁸⁴

“A gravidade do crime (homicídio doloso premeditado, cometido por vingança) traduz periculosidade, pelo que se justifica a negativa da liberdade pela comoção e o clamor público provocado em pequena cidade.”⁸⁵

Mas há um seguimento da jurisprudência e da doutrina que afasta os entendimentos acima e não aceita o “clamor público” como hipótese para decretação da prisão preventiva e, além disso, ainda restringe seu conceito, excluindo dele a revolta ou consternação natural do bairro, a comoção social e o modo de execução do crime, a classe social do acusado, a repercussão do crime na imprensa, a repercussão social do crime, a satisfação do sentimento de justiça sumária, e a demora ou lentidão na tramitação do processo.⁸⁶

Segundo essa corrente, quanto à “revolta ou consternação natural do bairro”, não se pode confundir clamor público com a revolta causada no bairro em que as vítimas moram, consternação é um estado de espírito interior de dor, pesar, tristeza, clamor público significa bradar, gritar, vociferar, protestar nas ruas, nas praças, etc. Não sendo assim justificativa suficiente para encarcerar cautelarmente o indiciado.⁸⁷

⁸⁴ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 264.

⁸⁵ RHC 6.351 – SP, 6ª Turma, STJ, rel. Min. Anselmo Santiago, julgado em 09.06.1997, DJ 04.08.1997.

⁸⁶ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 265/68.

⁸⁷ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 265.

A “comoção social e o modo de execução dos crimes” não são suficientes para a decretação da prisão preventiva, tem se ser demonstrada sua efetiva necessidade.

Um setor da jurisprudência pondera, com razão, que, mesmo em crimes graves, “a prisão processual nem sempre será condição para a eficácia da aplicação das leis repressivas, como se a ideia de uma justiça sumária melhor atendesse aos objetivos perseguidos. Ademais, “não é função da prisão preventiva satisfazer o sentimento de justiça da sociedade”.⁸⁸ Como a prisão provisória foi abolida, persistindo apenas como medida de exceção, quando evidenciada sua necessidade, “a gravidade do delito e o clamor público que” costuma provocar não são fundamentos suficientes à cautela.^{89 90}

Com respeito à “classe social do acusado” o Supremo Tribunal Federal firmou sua posição, como se observa no trecho do *habeas corpus* abaixo:

a prisão preventiva decretada com base no clamor público que a prática do crime teria despertado revela, na espécie, uma abstração incompatível com a medida, já que tem por fundamento apenas a circunstância de os acusados pertencerem a uma determinada classe social, sem que exista qualquer outra indicação que consubstancie a necessidade desta constrição.⁹¹

No tocante à “repercussão do crime na imprensa”, também abordada no capítulo anterior, muito se discute que esta pode exercer forte influência sobre a sociedade e sobre o magistrado. Muitas vezes a revolta da sociedade é influenciada pela mídia, quando este deveria ser espontâneo, não induzido. Assevera Fernando da Costa Tourinho Filho que o juiz não se pode deixar influenciar pelo estardalhaço causado pela imprensa sob pena de atender a terceiros interesses, que não os estritos da prisão preventiva.⁹² É de entendimento do Superior Tribunal de Justiça que não se pode confundir ordem pública com o estardalhaço ou a repercussão na imprensa nacional, não sendo efetivamente atingida a ordem pública, não

⁸⁸ HC 121.331 –3/4, 5ª CC, TJSP, julgado em 11.03.1992, rel. Des. Vanderlei Borges, RT 679/333 - 335

⁸⁹ HC 91.629- 3, 3ª CC, TJSP, julgado em 09.04.1990, rel. Des. Carlos Bueno, RT 654/296.

⁹⁰ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 265/66.

⁹¹ HC 71.289 – RS, 1ª Turma, STF, julgado em 09.08.1994, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 06.09.1996, p. 31.849.

⁹² TOURINHO FILHO, Fernando. “Da prisão e da liberdade provisória”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 7, julho-setembro, 1994, p. 76/77.

há razões para que seja decretada a prisão preventiva do acusado só em razão da campanha negativista feita pela imprensa.⁹³

Também a simples “repercussão social do crime” negativa ou intranquilidade não é suficiente para a decretação, já que trata-se de uma medida de exceção.

Tampouco aceita a jurisprudência como parte dos conceitos de clamor público e de ordem pública, nem como hipótese justificadora da prisão preventiva a “satisfação do sentimento de justiça sumária”. Não é função desta medida cautelar responder a este sentimento da sociedade, mas sim de proteção do processo.

O critério e exemplaridade é, no sentir da moderna doutrina processualística, “a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*”⁹⁴⁹⁵

Por último, Odone Sanguiné elenca como hipótese excluída pela jurisprudência do conceito de clamor público a “demora ou lentidão na tramitação do processo”. Se a lentidão do processo não é causada pelo acusado, por estar em liberdade, e, conseqüentemente, não será a tramitação mais célere com o seu encarceramento, não se pode aceitar isso como clamor público, muito menos que determine a prisão preventiva do investigado.⁹⁶

⁹³ HC 3.232-2 – RS, 6ª Turma, STJ, julgado em 28.03.1995, rel. Min. Adhemar Maciel, RT 722/536.

⁹⁴ HC 121.331 – 3/4, 5ª CC, TJSP, julgado em 11.03.1992, rel. Des. Vanderlei Borges, RT 679/333-335.

⁹⁵ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 267-268

⁹⁶ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 268.

Ao analisar tais circunstâncias não aceitas pela jurisprudência como parte do conceito de “clamor público”, também já se pode observar algumas razões pelas quais o “clamor público” mostra-se um fundamento inidôneo para a decretação da prisão preventiva. Cabe agora examinar mais profundamente o assunto, voltando-se para os motivos que o torna, além de inidôneo, inconstitucional.

Fábio Martins de Andrade, fazendo menção a esse posicionamento diz:

Segundo essa corrente de pensamento, o “clamor público” expressado nestes enunciados mencionados não serve de motivo suficiente e/ou legítimo para a prisão preventiva do acusado. Neste cenário polêmico, o Superior Tribunal de Justiça vem fazendo um esforço no sentido restringir o conceito do clamor público.⁹⁷

A privação da liberdade de alguém não pode ser determinada com base em um requisito tão vago que é o clamor público ou o alarma social, de definição incerta, havendo inclusive diversidade de conceitos entre os doutrinadores, como visto anteriormente, e que varia de acordo com a maior ou menor exposição e atenção dada pela imprensa ou com a insegurança e temor que o delito causou.⁹⁸

Se de um lado há a sociedade buscando a repressão, do outro há o réu, presumidamente inocente. Diante desse conflito de interesses, concluiu-se que “somente exigências processuais de natureza cautelar podem justificar uma limitação, total ou parcial à liberdade das pessoas”.^{99 100}

⁹⁷ ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário. A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.279.

⁹⁸ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método 2001, p. 278.

⁹⁹ SOUZA, José Castro de. *Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 151.

¹⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2007, p. 508.

Aplacar o clamor público inclusive não guarda nenhuma relação com o fim cautelar e processual que se atribui a esse instituto, introduzindo na verdade elementos estranhos a sua natureza, questionáveis constitucionalmente e sob a perspectiva da política criminal, o que mostra que a prisão preventiva cumpre função de pena antecipada incompatível com sua natureza.¹⁰¹

Fernando da Costa Tourinho Filho compartilha desse entendimento:

“Perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica “ordem pública”. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.¹⁰²

Outra afirmação de Odone Sanguiné esclarece ainda mais o argumento acima:

Na verdade é inconstitucional atribuir à prisão preventiva a função de acalmar o alarma social ocasionado pelo delito, pois, por muito respeitáveis que sejam os sentimentos sociais de “vingança”, a prisão preventiva não está concebida como uma pena antecipada que possa cumprir fins de prevenção.¹⁰³

¹⁰¹ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 258-259.

¹⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2007, p. 511.

¹⁰³ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 279.

Se ainda não resta provado quem é o culpado, usar a prisão para saciar os anseios da sociedade é como presumir que a pessoa é culpada, o que é diametralmente oposto ao instituído pelo nosso ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Ao haver a determinação da prisão preventiva de alguém apenas com base na comoção popular e na pressão midiática, direitos da pessoa humana são violados e princípios basilares da Constituição são feridos. Chega-se a conclusões precipitadas e impõe-se uma pena antecipada àquela pessoa acusada e que ainda está sob investigação.¹⁰⁵

Os direitos feridos são direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal no seu artigo 5º, a saber, o devido processo legal e a presunção de inocência, ainda podendo-se citar a garantia à liberdade, constante do *caput* do referido artigo, talvez o bem mais importante do homem, sendo sua privação a sanção mais grave imposta por nosso ordenamento jurídico. Seguem os dois princípios constitucionais:

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁰⁶

O princípio da não culpabilidade remonta ao artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e estabelece os limites da coerção no decorrer do processo contra o réu,¹⁰⁷ não sendo admitida se não quando indispensável à utilidade de futuro

¹⁰⁴ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 279.

¹⁰⁵ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001, p. 276/77.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁰⁷ FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

provimento judicial, não podendo servir como meio de se antecipar futura e incerta sanção penal.¹⁰⁸

Nesse sentido afirma Luigi Ferrajoli:

(...) um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida “processual”, “cautelar” ou até mesmo “não penal”, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo.¹⁰⁹

Ainda sob a perspectiva do mesmo autor, deve ser acatada a ilegitimidade de tal encarceramento preventivo “sob pena de reduzir a presunção de inocência a um inútil engodo”, o que mostra que, além de um abuso, é “radicalmente ilegítimo”, “apto a provocar (...) o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais.”¹¹⁰

O princípio da presunção de inocência não pode ser ignorado e simplesmente submeter o acusado a um julgamento antecipado, muitas vezes determinado por um conceito já preconcebido influenciado pela mídia e sociedade, sem as devidas garantias processuais e constitucionais.

Afirma Beccaria que ninguém pode ser chamado réu antes da sentença judicial, nem pode a sociedade tolher-lhe a proteção pública, senão quando decidido definitivamente que ele violou os pactos com os quais ela foi instruída.”^{111 112}

¹⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2007, p. 508.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direto e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010, p. 509.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direto e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010, p. 511.

¹¹¹ BECCARIA, Cesare. Dei delitti dele pene, cit., XVI, 1963/64 p. 38.

Assim, qualquer prisão provisória que exceda a esses limites, como é o caso quando decretada com fundamento no “clamor público”, é inconstitucional, “ilegítima, arbitrária, visto que contraria ao princípio da “presunção da inocência”, bem como não respeita ao princípio do devido processo legal, submetendo o acusado a um julgamento antes do trânsito em julgado.¹¹³

Cabe então analisar as decisões da jurisprudência brasileira acerca desse impasse, no capítulo que se segue serão abordados os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal.

¹¹²FERRAJOLI, Luigi. Direto e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010, p. 506.

¹¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2007, p. 509.

3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após o levantamento doutrinário acima sobre a constitucionalidade do “clamor público” como fundamento para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível complementarmente verificar onde a questão repercute na prática: as decisões dos Tribunais em situações concretas. Nesse caso específico nos ateremos às decisões do Supremo Tribunal Federal, em virtude de sua função institucional fundamental de guardião da Constituição.

A maioria das decisões analisadas consideram o “clamor público” como fundamento inidôneo e inconstitucional e as que mantêm a prisão é devido ao fato de o juiz também ter fundamentado com base em fatos concretos na garantia de ordem pública, mas sempre fazendo referência ao fato de que o “clamor público” e a gravidade do ato não bastam para a decretação da prisão preventiva.

A natureza excepcional dessa medida cautelar e a necessidade de ser fundada apenas em razões concretas dentre as quais permitidas em lei e não em outra a parte destas, como no caso o clamor público, e o posicionamento da Corte sobre estes pontos são perfeitamente demonstrados no voto do Ministro Relator Cezar Peluso no julgamento *habeas corpus* 98.776-1 de Santa Catarina no dia 08/09/2009 pela Segunda Turma, que decidiu por unanimidade de votos em deferir, o pedido de *habeas corpus*. Abaixo a ementa e trecho do voto do Ministro Relator Cezar Peluso:

EMENTAS: 1. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime, na conveniência da instrução criminal, por morar o réu em outra comarca, e na necessidade de garantia de aplicação da lei penal, para evitar o desaparecimento do acusado. Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Inexistência de elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo, ou de fatos que representem risco à aplicação da lei penal. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão

preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato, bem como aquele fundado na conveniência da instrução criminal ou na garantia de aplicação da lei penal, sem elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo ou de risco de fuga do acusado (grifo nosso). 2. HABEAS CORPUS. Ação penal. Pronúncia. Homicídio doloso. Desclassificação para a forma culposa. Necessidade de exame da prova. Questão dependente de cognição plena. Inadmissibilidade na via excepcional. HC denegado. Precedentes. Pedido de desclassificação de delito proclamado em sentença de pronúncia não cabe no âmbito do processo de habeas corpus, quando dependa de reexame da prova.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. Quanto à prisão preventiva do paciente, concedi a liminar nos seguintes termos:

“Como se cansa esta Corte de proclamar, a prisão preventiva, medida extrema, que implica sacrifício à liberdade individual, deve ordenar-se com redobrada cautela, à vista, sobretudo, da sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como a garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade, devendo fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipótese legais (*fattispecie* abstratas) que a autorizem.

Daí, já ter notado este Tribunal:

‘A PRISÃO PREVENTIVA ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR NÃO TEM POR FINALIDADE PUNIR, ANTECIPADAMENTE O INDICIADO OU O RÉU.

- A prisão preventiva não pode – e não deve- ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática de delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerte, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal’. (HC nº 79.857, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2001)

Como já se viu, a decisão que negou a liberdade provisória ao paciente apóia-se em três supostas causas concorrentes de custódia cautelar: (i) exigência do clamor popular e da credibilidade da justiça, necessidade de prevenção de novos acidentes de trânsito e garantia da ordem pública; (ii) necessidade de rápida prestação jurisdicional e conveniência da instrução criminal; (iii) risco de fuga e conveniência da instrução criminal. Fundamenta-se, ainda, em alegada vedação legal (art. 323, CPP).

Nenhuma procede.

Segundo jurisprudência imperturbável da Corte, o chamado *clamor público*, provocado pelo fato atribuído ao paciente sobretudo quando confundido, como no caso, com sua repercussão nos veículos de comunicação de massa, não substancia fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva. (cf. HC nº 87.343, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 22/06/2007; HC nº 79.781, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 09/06/2000; (...)). A ideia de revolta da população como fonte legitimadora da prisão cautelar, por assimilação à ideia de desordem, cuja eliminação custaria a liberdade do acusado, transpira a inconstitucionalidade e, salvo precedentes isolados, nunca foi tolerada pelo Supremo Tribunal Federal (cf. FAUZI HASSAN

CHOUKR, *Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 499-500).

Na verdade, o fundamento da prisão preventiva nesse caso é antecipar a punição ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Mas o encarceramento cautelar deve obedecer ao critério da indispensabilidade sob a ótica instrumental, a não ser que se presuma lesão criminosa antes de julgada a causa. E esta Corte tem afirmado que tal presunção afronta diretamente a garantia inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição da República, que não permite impor ao réu, enquanto, pendente a causa penal, nenhuma consequência danosa fundada ou vinculada diretamente a um juízo definitivo de culpabilidade.

‘EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da social abalada pela gravidade do fato’ (**HC nº 93.315**, Rel. Min. **CEZAR PELUSO**, DJ 08/06/2007. (...)).

Além disso, no que toca ao clamor público, como já se advertiu com alqueires de razão, a incompatibilidade entre a presunção de periculosidade e a prisão cautelar ‘*se revela ainda mais grave quando se tem em conta referência à função de pronta reação ao delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à ideia de medida sumária*’ (**GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES**. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 68. Grifei).

A esse respeito, afirmei, no **HC 84.311**, que:

Aceitar a comoção como justificativa hábil à decretação da prisão preventiva significa antecipar, para a prisão processual, funções que são próprias da pena de prisão, sanção que somente pode ser imposta por decisão condenatória com trânsito em julgado, o que não é o caso.

(...)

Mantidas as circunstâncias que determinaram a concessão da liminar, eve esta ser confirmada.

Como explanado detalhadamente pelo Ministro Cezar Peluso, descaracterizada a existência dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não se justifica a manutenção da prisão preventiva pela presença do “clamor público”.

O Ministro justifica tal posicionamento afirmando que este já é um entendimento firmado da Corte. Por tratar-se de um sacrifício à liberdade individual a prisão preventiva deve ser decretada com cautela, também devido à sua instrumentalidade, devendo fundar-se em razões objetivas, tais quais as previstas em lei.

Esta não tem função de punir antecipadamente o réu já que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da liberdade. Usar como fundamento o “clamor público” seria punir antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. E para o Ministro até mesmo o encarceramento cautelar que se baseia no critério da indispensabilidade baseado em presunção de lesão criminosa antes de julgada a causa afronta diretamente o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória,” quanto mais aquele fundamentado em uma hipótese não prevista em lei que é o “clamor público.

Além disso, expôs no voto que de acordo com jurisprudência consagrada do Supremo Tribunal o “clamor público”, principalmente quando confundido com sua repercussão nos veículos e comunicação de massa não é fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva. Destaca que “a ideia de revolta da população como fonte legitimadora da prisão cautelar, por assimilação à ideia de desordem, cuja eliminação custaria a liberdade do acusado, transpira a inconstitucionalidade e, salvo precedentes isolados, nunca foi tolerada pelo Supremo Tribunal Federal.”¹¹⁴

Demonstra então que é ilegal “o decreto de prisão preventiva baseado em suposta existência de clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da social abalada pela gravidade do fato”.

Acrescenta ainda que a incompatibilidade entre a presunção de periculosidade e a prisão cautelar se mostra ainda mais grave quando se “tem em conta referência à função de pronta reação ao delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se

¹¹⁴ FAUZI HASSAN CHOUKR, Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 499-500.

parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à ideia de medida sumária.”¹¹⁵

Em suma, com este julgado restou provada a firme posição do Supremo Tribunal Federal em não admitir o “clamor público” como fundamento legítimo para a decretação da prisão preventiva, considerando-o inconstitucional e uma afronta aos direitos fundamentais do acusado, bem como uma antecipação da pena.

No mesmo sentido são os julgados: HC nº 87.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 22/06/2007; HC nº 79.781, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09/06/2000; HC nº 84.662, Rel. Min. Eros Grau, DJ 22/10/2004; HC nº 83.828, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/02/2004; HC nº 93.315, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 27/06/2008; HC nº 86.758, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/09/2006; HC nº 69.950, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 128/147; HC nº 83.806, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18/06/2004; HC nº 84.073, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28/05/2004; HC nº 85.268, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15/04/2005; HC nº 95.358, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/08/2010; HC nº 101.621, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/08/2010.

Como dito no início do capítulo, as decisões que mantêm a prisão são feitas em virtude do fato de a prisão cautelar não estar fundamentada apenas no fato de haver o “clamor público”, mas também em algum dos fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Isto pode ser notado no voto do Ministro Relator Eros Grau no julgamento pela Segunda Turma do *habeas corpus* 96.609 do Espírito Santo no dia 29/09/2009, que acordou por unanimidade indeferir o pedido de *habeas corpus* nos termos do voto do relator. Seguem a ementa e trecho do voto:

¹¹⁵ GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 68.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA. QUESTÃO SUPERADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. A alegação de excesso de prazo da instrução criminal ficou superada pelo advento da sentença de pronúncia. Precedentes. 2. A prisão preventiva não está fundamentada apenas no clamor público e no interesse da imprensa, como sustentado nas razões da impetração. Além dos indícios de autoria e da materialidade do fato delituoso, há, no decreto prisional, demonstração de que a medida excepcional encontra justificativa na conveniência da instrução criminal. Isso em virtude de coação de testemunhas por parte de um "investigador particular" (grifo nosso). Há, ainda, fundado receio de que o filho da vítima --- testemunha de dois atentados anteriores ao crime --- também seja morto. Ordem denegada.

“O SENHOR MINISTRO Eros Grau: (...)

2. O impetrante alegou que a prisão cautelar foi decretada apenas em razão da ampla divulgação do crime nos meios de comunicação e do clamor público. Não juntou aos autos, no momento, cópia da decisão que a decretou.

3. O Juízo processante encaminhou informações pormenorizadas a respeito da ação penal, informações acompanhadas de diversas peças, entre elas o decreto de prisão preventiva e a sentença de pronúncia. O exame dessas peças conduz à afirmação de que a prisão cautelar não está fundada apenas no clamor público e no interesse da imprensa pelo caso, como sustentado nas razões da impetração. Além dos fortes indícios de autoria e da comprovada materialidade do fato, há, no decreto prisional, demonstração de que a medida excepcional encontra justificativa na conveniência da instrução criminal (grifo nosso). Isso em razão de coação de testemunha por parte de um “investigador particular”.

4. Há ainda fundado receio de que o filho da vítima --- testemunha dos dois atentados anteriores ao crime --- também seja morto, do que resulta evidenciada a necessidade da constrição cautelar para garantia da ordem pública (grifo nosso).

Denego a ordem.

Observa-se que o *habeas corpus* foi indeferido e a prisão preventiva mantida por existir comprovado risco à conveniência da instrução criminal e para a garantia da ordem pública, ambas possibilidade previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, não tendo sido decretada apenas com base no clamor público e no interesse da imprensa como sustentado pela defesa.

Dessa forma, após analisar estes julgados, pode-se concluir que a jurisprudência da Suprema Corte, assim como grande parte da doutrina, é majoritária em

acordar que o “clamor público” não é fundamento legítimo para a decretação ou manutenção da prisão preventiva, o que vai ao encontro do articulado no capítulo anterior, provendo-lhe ainda mais solidez, de que se trata de uma hipótese inconstitucional que fere os direitos fundamentais do acusado.

CONCLUSÃO

O “clamor público” não é previsto no rol das hipóteses que autorizam a decretação preventiva no Código de Processo Penal Brasileiro e, segundo as mudanças trazidas pela lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, não figura mais nem mesmo como fundamento para a denegação da liberdade provisória com fiança.

Apesar disso, parte da doutrina e da jurisprudência o aceitam como justificativa para a decretação da prisão preventiva, questiona-se então se tal possibilidade é legítima e constitucional.

Para chegar a uma conclusão sobre esse problema foi necessário analisar a natureza das medidas cautelares que tem a característica de instrumentalidade inerente a sua existência. Assim, estas só se justificam em virtude do bom andamento do processo penal e para resguardar a eficácia de eventual decreto condenatório para que não se confunda com a pena, pois esta última só pode ocorrer depois do devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa.

Essa essência de excepcionalidade ressalta que estas medidas devem ser aplicadas somente quando forem estritamente necessárias, devendo, portanto, limitarem-se às hipóteses previstas no Código de Processo Penal.

Ainda se destacou a influência exercida pela mídia. A divulgação de informações sobre um fato delitivo imbuído de um juízo de valor prévio pode influir na imparcialidade do juiz e é determinante para a formação do “clamor público” e , dessa forma,

põe em risco o direito à presunção de inocência do acusado, bem como o devido processo legal.

Para compreender profundamente o problema também foi preciso destrinchar o conceito de “clamor público” que é sinônimo de repercussão, alarma ou comoção social.

Após esmiuçar esses pontos foi possível chegar à conclusão que o “clamor público” é um requisito muito vago, principalmente em virtude da exposição do fato na mídia, pois quanto maior for a atenção dada por esta, maior será a comoção popular.

Os doutrinadores citados são firmes em afirmar que inconstitucional aferir à prisão preventiva o papel de acalmar o alarma social (ou o clamor público) causado pelo delito, pois este instituto não foi concebido para ser uma pena antecipada com fins de prevenção.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é majoritária em refutar tal possibilidade, afirmando que a repercussão do crime ou o clamor da sociedade não são justificativas previstas em lei para que se decrete a prisão preventiva, logo o “clamor público” por si só não basta para justificar tal medida cautelar antes do trânsito em julgado em eventual sentença, é preciso estar demonstrada a existência de alguma das hipóteses previstas no inciso I do artigo 312 do Código de Processo Penal e proporcional às circunstâncias do inciso II, em suma, deve-se haver a necessidade da aplicação da medida e a adequação às circunstâncias do fato e do acusado.

Dessa forma, o “clamor público” deve ser refutado como embasamento para a decretação da prisão preventiva porque isto seria uma antecipação da pena, o que infringe

claramente os direitos fundamentais do acusado garantidos pela Carta Magna Brasileira, a saber a sua presunção de inocência, o direito à proporcionalidade e ao devido processo legal.

Concluiu-se, portanto, pela inconstitucionalidade do “clamor público” como fundamento para a decretação da prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. Mídia e Poder Judiciário. A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 1994.

BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 11^a ed., 2004.

DELMANTO Jr., Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 2^a ed., 2001.

FAUZI HASSAN CHOUKR, Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 499-500.

FERRAJOLI, Luigi. Direto e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3^a ed., 2010.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

GIOSTRA, Glauco, Processo penale e informazione, Milano: Giuffrè, 2^a ed., 1989.

GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 68.

GOMES, Fernanda Maria Alves Gomes. Medida cautelar pode ser aplicada acompanhada. <http://www.conjur.com.br/2011-mai-09/novas-medidas-cautelares-podem-aplicadas-sozinhas-ou-acompanhadas> (acesso em 10.05.2011)

HASSAN CHOUKR, Fauzi. “A ordem pública como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial”, Processo Penal à Luz da Constituição. Bauru: Edipro, 1999.

<http://www.tacrim.sp.gov.br/jurisprudencia/rjdtacrim/html/volume31.html> (acesso em 05.04.2011).

MACHADO, Antonio Alberto. Prisão Preventiva. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. São Paulo: Atlas, 11^a ed., 2003.

NEVES, Francisco de Assis Serrano. Direito de imprensa. São Paulo: Jose Bushatsky, 1977.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as formas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 7^a ed., 2007.

PIMENTA, José da Costa. Introdução ao Processo Penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira e BAZ, Marco Antonio Garcia. Fiança Criminal e Liberdade Provisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2^a ed., 2000.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método 2001.

SOUZA, José Castro de. Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1988

TEXEIRA, Aloysio Maria. Publicidade dos atos criminais e dos processo penais. *Revista Brasileira e Criminologia e Direito Penal*, ano 1, n. 1, 1963.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3^o volume. São Paulo: Saraiva, 29^a ed., 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. “Da prisão e da liberdade provisória”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 7, julho-setembro, 1994,

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e Mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIGORITI, Vincenzo. La pubblicità delle procedure giudiziarie: prolegomeni storico-comparative. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 27, n. 4, 1973