



Centro Universitário de Brasília Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais

BRUNO MIRANDA LAGARES

**O CLAMOR PÚBLICO NA PRISÃO PREVENTIVA: ESTUDO DE CASO
CONCRETO**

**BRASÍLIA
2013**

BRUNO MIRANDA LAGARES

**O CLAMOR PÚBLICO NA PRISÃO PREVENTIVA: ESTUDO DE CASO
CONCRETO**

Trabalho apresentado como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
UNICEUB – Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Georges Carlos Fredderico Moreira
Seigneur

**BRASÍLIA
2013**

BRUNO MIRANDA LAGARES

**O CLAMOR PÚBLICO NA PRISÃO PREVENTIVA: ESTUDO DE CASO
CONCRETO**

Trabalho apresentado como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
UNICEUB – Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Georges Carlos Fredderico Moreira
Seigneur

Brasília, 05 de maio de 2013

BANCA EXAMINADORA

Georges C Frederico M Seigneur

Prof. Examinador

Prof. Examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter aberto todos os caminhos para que eu pudesse chegar até aqui. Aos meus pais, Helenilda Maria Lagares e Francisco de Assis Barbosa dos Santos pelo apoio incondicional, compreensão e paciência, sem eles nada disso teria sido possível. Aos meus familiares, principalmente ao meu irmão Fábio Barbosa Lagares e à minha avó Maria da Conceição. À minha namorada Renata Saboia da Silva por ter me apoiado e me incentivado para que este trabalho fosse concluído. Aos amigos e aos mestres por terem acreditado na minha capacidade profissional.

“Nós adquirimos virtudes quando primeiro as colocamos em ação. Tornamo-nos justos ao praticar ações justas, equilibrados ao exercitar o equilíbrio e corajosos ao realizar atos de coragem”.

Aristóteles

RESUMO

O presente trabalho traz o estudo das prisões cautelares em geral, com ênfase, principalmente, na prisão preventiva. Depois de ser apresentado o embasamento teórico para a compreensão do assunto, buscou-se observar o modo como foram utilizados os critérios para efetivação desta modalidade de prisão em um caso concreto.

Foi feita o estudo do caso Isabella Nardoni como instrumento concreto para análise da teoria da influência maciça do clamor público nas decisões dos magistrados.

Pode-se observar o uso de fundamentos como a defesa da credibilidade da Justiça e até o clamor público, mas principalmente a manutenção da ordem pública como formas de justificar a decretação e manutenção da prisão preventiva. O caso analisado apresentou como diferencial, que teve grande influência no seu tratamento, uma ampla divulgação pela mídia e uma grande repercussão entre a população. Diversas foram as manifestações jurisdicionais encontradas no caso analisado que indicam pouca objetividade nos fundamentos apresentados.

Palavras-chaves: Prisões cautelares. Prisão preventiva. Clamor público. Caso Isabella Nardoni.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PRISÕES CAUTELARES X PRISÃO PENA	10
1.1 PRISÃO EM FLAGRANTE	17
1.2 PRISÃO TEMPORÁRIA	20
1.3 PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR, SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA	23
2 PRISÃO PREVENTIVA	26
2.1 PRESSUPOSTOS	27
2.2 CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS	29
2.2.1 ORDEM PÚBLICA	31
2.2.2 ORDEM ECONÔMICA	35
2.2.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL	37
2.2.4 APLICAÇÃO DA LEI PENAL	38
2.3 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE	40
3. A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA INFLUENCIADA PELO CLAMOR PÚBLICO. ANÁLISE DE CASO CONCRETO	44
3.1 CASO ISABELLA NARDONI	44
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo principal analisar a execução da prisão preventiva do pai e da madrasta da menina Isabella Nardoni, então suspeitos do assassinato da infante. Procurou-se estudar se houve ou não a presença da influência do clamor público na decretação da prisão preventiva e no indeferimento dos diversos pedidos de liberdade feitos pelos acusados. A análise irá também avaliar se os requisitos e pressupostos da prisão preventiva previstos em lei foram respeitados.

O caso Isabella Nardoni, ocorrido em março de 2008, foi amplamente divulgado pela imprensa e teve grande repercussão. O fato de ser a vítima uma criança de 5 anos provocou grande comoção nacional. Neste contexto, o poder público foi chamado a se manifestar para que tomasse as providências reclamadas para abrandar o desejo de vingança popular.

Inicialmente, foi feita uma breve diferenciação entre duas categorias de prisão, quais sejam: prisões cautelares e prisão pena. Toda prisão visa primeiramente cercear o direito de ir e vir do indivíduo, por qualquer que seja o motivo. No que tange à prisão pena verifica-se que, segundo o princípio da não culpabilidade, ninguém será preso até que o processo tenha transitado em julgado. Desta forma, a prisão pena fará um juízo de culpabilidade, ou seja, a partir do trânsito em julgado pode-se afirmar que o acusado é o culpado pelo delito. Em relação à prisão cautelar ou processual verifica-se que esta tem como escopo tornar possível o bom andamento do inquérito ou do processo. Há deste modo, uma exceção ao princípio da não culpabilidade, pois serão cabíveis três possibilidades de prisões que cerceiam a liberdade antes dos trâmites finais do processo, quais sejam: prisão preventiva, prisão temporária e prisão em flagrante. Estas deverão ser decretadas se forem necessárias para que não haja qualquer tipo de interferência que prejudique o transcurso do processo.

Também serão estudados tipos de prisões cautelares, abordando seus conceitos, circunstâncias autorizadas dentre outras peculiaridades inerentes a cada tipo de prisão.

Em razão da relevância que é atribuída a prisão preventiva neste trabalho, foi feito um estudo individualizado desta espécie de restrição à liberdade. Tal prisão surge, talvez, como a mais cautelar das prisões devido ao fato de poder ser

decretada a qualquer tempo e quantas vezes forem necessárias durante o processo ou inquérito policial, desde que sejam observados os requisitos legais.

A partir da promulgação e entrada em vigor da Lei n.º 12.403/11 houve significativa mudança no que se refere à prisão preventiva no Código de Processo Penal. Como consequência, foi potencializada a importância dessa modalidade de prisão, principalmente pelo seu caráter excepcional e temporário. Após as modificações introduzidas pelo diploma legal reformador, a preventiva destacou-se em razão de que, apenas se nenhuma outra medida cautelar for cabível, poderá ser feito o uso da prisão preventiva. Esta mudança de concepção somente reforçou o pensamento de que a prisão é a exceção e a regra é a liberdade.

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar que será decretada pela autoridade judicial competente. Contudo, além de poder ocorrer por iniciativa do magistrado, também poderá ter início, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente. A autorização da decretação desta prisão requer a presença das seguintes circunstâncias autorizadas: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Contudo, será dada maior ênfase na análise da circunstância “garantia da ordem pública” e em um aspecto que pode ser considerado sua vertente: o “clamor público”.

É necessário observar também que a prisão preventiva é uma modalidade de prisão que possui caráter instrumental, ou seja, serve para favorecer a realização de um processo idôneo e não deve ser utilizada como forma de analisar o mérito da questão. Desta forma, nessa circunstância não há de ser feito juízo de culpabilidade.

Para finalizar o estudo, analisou-se o caso da menina Isabella Nardoni, destacando alguns momentos processuais que servem como elementos para que se observe se houve ou não influência do clamor público durante o transcurso do processo que finalizou por condenar Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá.

Por meio da análise realizada neste trabalho, buscou-se também observar se houve uma divulgação exagerada do caso que pudesse influenciar os magistrados que atuaram no processo e até mesmo os jurados, por ocasião da realização do júri. Foi feito uso de pesquisa jurisprudencial com o intuito de buscar compreender as escolhas realizadas pelos magistrados durante o processo.

Desta forma, procurou-se ainda, observar se o disposto na lei penal e constitucional foi cumprido de modo a concretizar a igualdade material objetivada pelo ordenamento jurídico, ou se a “sede de vingança” popular decorrente das interferências reforçadas pela mídia fez com que houvesse diferenciação no modo como os acusados deveriam ter sido julgados, impingindo aos sujeitos competentes pela realização dos julgamentos uma subordinação àquilo que o clamor social impôs.

1 PRISÕES CAUTELARES X PRISÃO PENA

A alterações das Disposições Gerais ao Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, impostas pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, se restringiram ao que se vê no novo art. 282, que traz regras gerais aplicáveis às medidas cautelares; art. 283, que enfatiza que ninguém poderá ser preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nestes casos, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, deixando claro que não há mais qualquer possibilidade de se pensarem prisão resultante de sentença condenatória recorrível, cumprindo se observe, ainda, o disposto em seu §2º.¹

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal irrecorrível. Nesse contexto, FREITAS disserta:

Em um Estado que consagra o princípio da presunção de inocência, a adoção de medidas que decretam a privação de liberdade do indivíduo sem uma decisão que transite em julgado vai de encontro a princípios constitucionais basilares. A prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) é decretada antes do trânsito em julgado como medida que tem como escopo a garantia do bom andamento das investigações ou do processo criminal. Diferentemente da prisão-pena, também denominada *carcer ad poenam*, que é a imposição de sofrimento decorrente de sentença condenatória definitiva, exarada pelo Estado-Juiz, ao culpado de uma infração penal.²

Em decorrência do princípio da não culpabilidade o indivíduo só será preso após o transcurso dos procedimentos processuais cabíveis até o seu trânsito final, ou seja, a prisão – quando decretada – já será a prisão definitiva, a prisão-pena. Todavia, com o objetivo de garantir o andamento processual sem eventuais interferências indevidas das partes envolvidas, fez-se necessária a criação de medidas que viessem a garantir esse andamento, pois sempre existe o risco de que ocorram situações que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado.

¹ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: De acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

² FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão Temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 31.

Até mesmo os tratados internacionais, que frequentemente defendem a liberdade de locomoção do indivíduo, preveem excepcionalmente a possibilidade da decretação da prisão cautelar. Segundo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9.1, “todo indivíduo tem direito à liberdade e segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido à detenção ou prisão arbitrária. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo por causas fixadas em lei e em obediência a procedimentos estabelecidos por esta”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos igualmente prevê em seu art. 7º, § 1º, que “toda pessoa tem direito à liberdade e segurança pessoal. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo por causas e condições fixadas de antemão por Constituições Políticas dos Estados-partes ou por leis promulgadas de acordo com elas”.³

Se a prisão como pena pode significar um mal nos dias atuais, a prisão que antecede o trânsito em julgado da sentença penal condenatória representa uma medida potencialmente ainda mais danosa. Não se pode olvidar, entretanto, a utilidade e imprescindibilidade da prisão cautelar para que se possa alcançar a desejada eficácia do sistema penal, especialmente em relação a determinados tipos de crimes⁴.

A prisão cautelar deverá constituir medida de caráter excepcional e extraordinário. Para utilizá-la, o juiz deve nortear-se por critérios de legalidade, necessidade, adequação, razoabilidade e proporcionalidade⁵. Apesar de teoricamente, termos as prisões cautelares como medidas extraordinárias de caráter excepcional, de acordo com os dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), no ano de 2012, 42% dos presos eram provisórios.

Ainda considerando os dados da pesquisa, se visualizarmos a última década, os presos provisórios constituíam 35% do total dos encarcerados no país, sendo que, atualmente, o percentual passou para 42%. No período compreendido entre 2003 e junho de 2012 tivemos o incrível aumento de 1.334% no número de presos provisórios, sendo que no mesmo período, o número de presos definitivos cresceu “apenas” 330%⁶.

³ BRASIL. Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm >. Acesso em 15 abr. 2013.

⁴ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 54

⁵ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 32.

⁶ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68->

De acordo com o estudo feito e a análise dos dados, questionaremos se aquilo proposto em lei para ser seguido sobre a matéria prisões, principalmente a prisão preventiva no caso específico, está sendo ou foi seguido.

É importante observar que a prisão cautelar não se trata de uma medida que visa antecipar a pena, fazendo um juízo de culpabilidade, mas sim de um critério que busca evitar a não interferência indevida, e que deve ser utilizado somente como meio de garantia do efetivo andamento processual.

Nesse sentido, podemos encontrar na jurisprudência nacional, julgados exarados por diferentes tribunais que se referem ao tema.

Assim, em decisão do Superior Tribunal de Justiça temos que: “Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória – são medidas de índole excepcional, as quais somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação.”⁷

Também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que: “Em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência, a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória é medida excepcional que somente se justifica quando se manifestar extremamente necessária, não podendo ser decretada com base em dados genéricos, exigindo fundamentação concreta. Na hipótese, tendo o fato em tese ocorrido há mais de 10 anos, não se justifica a medida excepcional com base na sua repercussão no meio social, até porque somente a prisão do paciente foi decretada, não sendo idêntica medida adotada em desfavor dos corréus. Prisão desfundamentada. Constrangimento ilegal reconhecido.”⁸

Como decorrência dos posicionamentos adotados pelos tribunais, verificamos que a prisão cautelar deverá ter um caráter instrumental e não poderá ser considerada como análise de mérito ou mesmo uma pré-condenação ao suspeito de ter cometido um ilícito penal. Com o escopo de garantir o pensamento anteriormente transcrito, foram feitas modificações no Código de Processo Penal brasileiro com a edição da Lei nº 12.403/2011 que confere nova redação ao artigo 282, § 6º, o qual estabelece que a prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a

4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>, acesso em 17 abr. 2013.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 139.826-PE, 6.ª T., rel. Og Fernandes, 04.03.2010, v.u..

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, HC 0001790-68.2010.8.19.0000-RJ, 1.ª C.C., rel. Marcos Basílio, 25.02.2010, v.u.

sua substituição por outra medida cautelar. Complementando, o artigo 283, § 1º, do referido instrumento, prevê que o juiz somente decretará a prisão preventiva nas hipóteses dos artigos 312⁹ e 313¹⁰ do mesmo Código, quando as medidas cautelares arroladas no artigo 319, adotadas de forma isolada ou cumulada, se revelarem inadequadas ou insuficientes. Sobre o tema, é também relevante apresentar o pensamento do Ministro Celso de Mello, integrante do Supremo Tribunal Federal, para quem “A prisão cautelar não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infringir punição àquele que sofre sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal”¹¹.

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal atuando em benefício da atividade estatal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para a sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade¹².

Houve, no Brasil, nas últimas décadas, um notório incremento no uso da prisão cautelar. Em 1990, a proporção entre presos definitivos e provisórios era bem diferente do que se observa atualmente. Havia, naquele ano, 90 mil presos, dos quais apenas 18% (16,2 mil) eram presos provisórios. Entre 1990 e 2012, contudo, enquanto o número de presos definitivos aumentou 490%, o número de presos provisórios, no

⁹ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁰ Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 98.821/CE, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 9-3-2010, *DJe* de 16/4/2010.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 78.

mesmo período, cresceu, espantosamente, 1.093%, alcançando, em junho de 2012, cerca de 40% da população carcerária.¹³

Por ter um caráter incidental, para que haja a decretação legítima de qualquer das possibilidades de prisão cautelar, a fim de não infringir os princípios inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro, devem ser, rigorosamente, respeitados os fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário. Na decretação desse tipo de prisão, a qual restringe a liberdade de ir e vir do indivíduo antes do trânsito em julgado é que visualizamos o choque que ocorre entre os princípios reguladores da liberdade com o exercício do poder estatal de aplicar penas que impõem a restrição da liberdade. Esse poder, exercido através da figura dos magistrados não pode ser utilizado de forma imprudente, devendo os juízes agir, primordialmente, de forma profissional.

Importante orientação é dada por Hélio Tornaghi aos juízes encarregados de privar ou restituir a liberdade de locomoção: “O juiz deve ser prudente e até mesmo avaro na decretação. Há alguns perigos contra os quais deveriam prevenir-se todos os juízes, ao menos os de bem: 1) o perigo do calo profissional, que insensibiliza. De tanto mandar prender, há juízes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão. Fazem aquilo como ato de rotina, como o caixeiro que vende mercadorias ou o menino que joga bola, despreocupado da sorte alheia. O juiz que cai no hábito é o religioso que já não atenta para o sentido das próprias orações e as vai repetindo mecanicamente. A consequência desse relaxamento é a de tratar pessoas como causas, e causas desprezíveis; 2) o perigo da precipitação do açoitamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e conduz a erros. A possibilidade de soltar e tornar a prender, e soltar de novo, e mais uma vez prender, tudo ao talante do juiz, facilita a inconsideração, presta-se à imprudência, e o bom juiz deve acautelá-lo contra essa facilidade; 3) o perigo do exagero, que conduz o juiz a ver fantasmas, a temer danos imaginários, a transformar suspeitas vagas em indícios veementes, a supor que é zelo o que na verdade é exacerbação do escrúpulo”.¹⁴

O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado

¹³ MENDES, Gilmar. É preciso repensar o modelo cautelar no processo penal. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-fev-09/observatorio-constitucional-abuso-prisoes-provisorias-pais>. Acesso em 27 fev. 2013.

¹⁴ TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.2, p. 11.

e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável¹⁵. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar¹⁶.

Percebemos nesse sentido o objetivo de se manter a paz social passando uma imagem ao cidadão da não omissão do Estado, caracterizando assim o exercício da soberania voltado para o povo. Por esse motivo é que as prisões cautelares, ao serem bem usadas, são bem vindas ao ordenamento. Contudo, a aplicação desvirtuada, não se fazendo uso dos requisitos exigidos desse tipo de medida cautelar constitui perigosa licença de que se serve o Poder Público e esta licença ao ser ultrapassada acaba por tornar a prisão ilegal. Infelizmente, no dia a dia forense há uma massificação das prisões cautelares, a despeito do elevado custo que representam.¹⁷

O crescente aumento da criminalidade e conseqüentemente do medo na sociedade acabam por levar a um crescente clamor por ações dos responsáveis por manter a ordem pública, não raras vezes incentivada pela mídia, no sentido de agravar medidas cautelares como resposta aos danos praticados contra o todo, inclusive aplicando-as de maneira antecipada, sem a necessidade do trânsito em julgado¹⁸. Entretanto, somente tal fundamento não é válido para que não sejam estabelecidos limites dentre os quais não se pode ultrapassar, sob pena de o processo penal e as prisões cautelares transformarem-se em instrumentos de caráter repressivos e não de preservação dos direitos individuais das pessoas. De forma infeliz, as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica de urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O símbolo da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva¹⁹.

¹⁵ BRASIL. Art. 24 do Código de Ética da Magistratura – 6 agosto de 2008. Artigo 24. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em 15 abr./2013.

¹⁶ BRASIL. Art. 24 do Código de Ética da Magistratura – 6 agosto de 2008. Artigo 24. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em 15 abr. 2013.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. I. Niterói: Editora Impetus, 2011, p. 1197.

¹⁸ PÂNGARO, Emerson Luís de Araújo. A prisão preventiva: pressupostos e diferenças das demais prisões cautelares In: Ciência Jurídica, v. 24, n. 153, p. 266, maio/jun. 2010.

¹⁹ APUD AURY LOPES JR, LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. I. Niterói: Editora Impetus, 2011, p. 1197.

Faz-se necessária a diferenciação entre a utilização das prisões cautelares e da prisão-pena. A prisão-pena não é tão antiga quanto a prisão cautelar, mas há vestígios de sua existência na Antiguidade, embora com nítida diferença em relação à prisão-pena atual. Naquela época, a prisão tinha como objetivo castigar, impor um sofrimento e servir como exemplo ao povo em geral e, atualmente, além de seu aspecto retributivo, possui uma finalidade de reeducação e ressocialização, como bem afirma Sílvio César Arouck Gemaque.²⁰

A doutrina majoritária apresenta a prisão cautelar sob três modalidades: 1) prisão em flagrante; 2) prisão preventiva; 3) prisão temporária.

Para Renato Brasileiro de Lima desde o advento da Constituição de 1988 e a consagração expressa do princípio da presunção de não culpabilidade, a prisão decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível não mais podiam ser consideradas espécies autônomas de prisão cautelar. Diante do disposto no artigo 5º, inciso LVII, não seria possível que uma ordem legislativa, subtraindo da apreciação do Poder Judiciário a análise da necessidade de segregação cautelar diante dos elementos do caso concreto, determinasse o recolhimento de alguém à prisão como efeito automático da pronúncia ou da sentença condenatória recorrível (...) desta forma estaríamos diante de uma prisão preventiva²¹.

A reforma processual aboliu a prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível. A lei nº 11.698/2008, que trata do novo procedimento do júri, afastou a possibilidade de prisão automática. A partir de então, o artigo 413, § 3º do Código de Processo Penal passou a dispor que o juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I do Código de Processo Penal. Também foi revogado o artigo 594 do mesmo código, que dispunha que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se fosse primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. Passou a constar no parágrafo único do artigo 387, que o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a

²⁰ GEMAQUE, Sílvio César Arouck. “Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar”. São Paulo: RCS, 2006, p. 57.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. I. Niterói: Editora Impetus, 2011, p. 1199.

manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Ademais, após as modificações feitas pela Lei nº 12.403/2011, a nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal dispõe que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A medida cautelar de privação de liberdade, quando for essencialmente cautelar isto é, quando a sua decretação perseguir fins essencialmente processuais, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.²²

1.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

A palavra “flagrante” procede do latim – *flagrans, flagrantis* – e significa aquilo que está queimando; que está em chamas; que se faz evidente naquele momento, em situação de atualidade. Este seria o conceito de flagrante de uma forma geral. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.²³

Quando falamos em certeza visual do delito, o significado de delito abrange tanto a prática do crime como também a prática da contravenção penal. Observa-se, no entanto, que, por se tratar a contravenção de um ato de menor potencial ofensivo, não dará origem ao Auto de Prisão em Flagrante, como ocorre no caso de cometimento de crime, mas, sim, irá gerar o Termo Circunstanciado de Ocorrência, caso o agente comprometa-se a comparecer ao Juizado imediatamente ou em momento posterior.

A situação de flagrante delito reclama, em regra, atualidade e visibilidade no sentido de que para a prisão em flagrante exige-se que alguém, por ter

²² CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *A natureza da prisão preventiva: Instrumentalidade Processual e Cautelaridade*, In: Revista síntese de direito penal e processual penal, v. 6, n. 31, p. 49, abr./maio 2005.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 177.

assistido ao fato, possa atestar a sua ocorrência, ligando-o a quem venha a ser surpreendido na sua prática²⁴.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, a prisão em flagrante é uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial.²⁵

A visibilidade, todavia, não é elemento essencial a toda espécie de flagrante. Poderá haver o denominado flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase-flagrante quando for efetuada a prisão daquele que é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração²⁶(grifo nosso). Também poderá haver a prisão em flagrante daquele que é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração²⁷ no chamado flagrante presumido, ficto ou assimilado.

Verificados os casos de flagrante em que não ocorre a visibilidade do fato, a lei optou por utilizar um critério de presunção a respeito de quem seja o autor do ilícito fazendo diferença somente por ter sido o agente perseguido numa situação ou apenas encontrado com objetos na outra, dispensando a perseguição. A doutrina cuidou de dar-lhes classificações diferentes.

A visibilidade do fato somente constituirá elemento do flagrante nos casos em que o agente está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la. Este último, denominado flagrante próprio, perfeito, real ou verdadeiro²⁸.

Parte da doutrina considera a prisão em flagrante como de natureza meramente administrativa, uma vez que o agente fica recolhido à disposição do magistrado, o qual decidirá através do auto de prisão em flagrante se converterá tal medida em prisão preventiva, medida de caráter amplamente cautelar, ou se haverá a concessão de liberdade provisória. Entretanto, a prisão ao ser submetida à apreciação do juiz competente tornar-se-á jurisdicionalizada e não mais ato administrativo. Contudo, devemos entender que o sujeito preso em flagrante não poderá ser mantido preso tendo

²⁴ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 177.

²⁶ Considera-se em flagrante delito quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.

²⁷ Considera-se em flagrante delito quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

²⁸ Considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la.

como justificativa somente o flagrante, pois esta circunstância não mais está presente como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo prevista pela Lei n.º 12.403/11. Os agentes que cometem ilícitos penais não devem permanecer presos durante a tramitação do processo penal somente sob o fundamento de ter havido a prisão em flagrante. Esta deverá ser convertida em prisão preventiva ou convalidada em liberdade provisória pelo juiz.

Devem ainda ser diferenciados os casos da lavratura do auto de prisão em flagrante nos crimes de ação privada e nos de ação pública condicionada à representação. Nestas oportunidades, a lavratura do auto de prisão em flagrante dependerá da autorização da vítima ou de seu representante legal. Nada impede, contudo, que se realize a captura de quem quer que se encontre em situação de flagrância por alguns desses crimes, até com o intuito de interromper a conduta que constitua uma prática criminosa. O Código de Processo Penal não estabelece o prazo que ofendido ou seu representante legal possuem para autorizar a lavratura do auto. Entende-se que o prazo máximo é de 24 horas após a prisão, que é o mesmo prazo para a entrega da nota de culpa ao preso, bem como para a comunicação de sua prisão ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada²⁹.

Ressalvada fica a constatação de que a possibilidade de prisão em flagrante por apresentação espontânea do agente não é possível, devido à interpretação do próprio Código de Processo Penal. Vale destacar que, caso haja apresentação espontânea do agente após a prática de algum delito, não haverá óbice para a decretação da prisão preventiva.

Nesta linha de pensamento, Fernando Capez afirma que a autoridade policial não poderá prender em flagrante a pessoa que se apresentar espontaneamente, de maneira que não se pode falar em flagrante por apresentação. Tal situação se justifica porque o art. 304, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei n.º 11.113/2005, dispõe que “*apresentado* o preso à autoridade competente...” (destacamos). Podemos observar que a lei pressupõe que o sujeito seja *apresentado* pelo condutor, não empregando a expressão “*apresentando-se*”; de maneira que deixou de prever a possibilidade de prisão daquele que se apresenta à autoridade policial, não havendo restrições, porém, para que seja imposta a prisão preventiva ou temporária quando for o caso. É o que extrai também do art. 317 do Código de Processo Penal

²⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal: Comentários à lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

quando prevê que “A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei autoriza”.³⁰

1.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária foi instituída pela Lei n.º 7.960/89 com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações criminais quanto a alguns crimes graves, pois podem ocorrer casos em que o acusado, mantido em liberdade, coaja a vítima, as testemunhas ou os agentes policiais, forje e adultere provas, perturbe ou tente tumultuar a investigação, prejudicando o esclarecimento da verdade real.

Para Julio Fabbrini Mirabete, é uma medida acautelatória, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial³¹.

Deste modo, observamos que a prisão temporária tem a finalidade de assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave.³² Por crimes graves para a decretação da prisão temporária devemos considerar o rol do artigo 1º, inciso III, da Lei 7.960/89, que inclui o homicídio doloso, (art. 121, caput, e seu § 2º); o sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); o roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); a extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); a extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único³³); o atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único³⁴); o rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único³⁵); a epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); o envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); o crime de quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; o genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; o tráfico de drogas

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 323.

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal Revista e atualizada por FABBRINI, Renato Bascimento*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 398.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 9.ed. ver., atual. E ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 585

³³ O Art. 223 foi revogado pela Lei 12.015/2009.

³⁴ O primeiro artigo agora previsto no art. 213 e o segundo revogado pela Lei 12.015/2009.

³⁵ Ambos revogados pelas Leis 11.106/2005 e 12.015/2.009, respectivamente.

(art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976³⁶) e os crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).

Como se depreende do conceito de prisão temporária apresentado anteriormente por Julio Fabbrini Mirabete, verificamos que as mudanças têm como objetivo pôr fim à famigerada prisão para averiguações – apesar de parte da doutrina considerar que a prisão temporária é apenas uma modernização desta – que pode ser compreendida como arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir à vinculação das mesmas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando manifesto abuso de autoridade³⁷ além de ser atualmente uma violação aos preceitos constitucionais, em especial ao que estabelece o artigo 5º, inciso LXI³⁸.

Sob o aspecto da inconstitucionalidade material, parte da doutrina assim considera a prisão temporária sob o argumento de que “(...) nos ditames do Estado Democrático de Direito não se dá azo ao Estado inicialmente prender e, ato contínuo, investigar se o imputado é realmente autor do delito, senão sob pena de se consubstanciar uma inconstitucionalidade mais gravosa, de ordem material³⁹. Além das alegações anteriores e observando a inconstitucionalidade sob seu aspecto formal, a doutrina também cita o fato de que o Executivo, por meio de Medida Provisória n.º 111/89 que instituiu a Lei n.º 7.960/89, teria legislado sobre Processo Penal e Direito Penal, que são matérias de competência privativa da União. Ademais, retornamos à análise inicial que foi feita neste trabalho sobre o cumprimento estrito do dispositivo constitucional que veda a prisão antes de sentença condenatória transitada em julgado.

Manteremos o entendimento de que a prisão temporária não se confunde com a prisão para averiguação, uma vez que, ao contrário do primeiro tipo de prisão, o segundo tipo parte de um fato criminoso já consumado, ela é delimitada no tempo e no espaço, para uma pessoa certa e determinada. De forma diversa, a prisão para averiguações desenha-se sob um ponto de vista absolutamente diferente, pois se trata de modalidade de prisão para investigação quando inexiste a constatação da

³⁶ A Lei 6.368/76 foi revogada pela Lei 11.343/2006 que agora regulamenta o tipo.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 299.

³⁸ Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

³⁹ FERREIRA DOS SANTOS, Otávio Luiz Rocha. *Prisão Temporária*. Disponível em <http://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/523272/prisao-temporaria>. Acesso em 14 jun. 2012.

materialidade do delito, do exaurimento ou de uma conduta. Por meio dela as autoridades prendem pessoas aleatoriamente, para depois descobrir crimes que não estavam sequer investigando ou para apurar crimes nos quais essas pessoas nem ao menos figuravam como suspeitas, caracterizando o que vulgarmente se conhece como “operação arrastão”, realizada em áreas de contingente criminoso e cujo único critério utilizado para limitar o direito de ir e vir é a simples presença nesses locais. Somente após a implementação de uma prisão, neste último sentido discorrido, é que as pessoas serão conduzidas a uma delegacia e, daí então, se principiará por averiguar eventual envolvimento delas com alguma infração penal, o que é bem diferente de prender para investigar um crime já conhecido e depois de, razoavelmente, consolidada e definida a suspeita que recai sobre alguém.⁴⁰

A prisão temporária tem natureza cautelar, contudo a sua área de incidência possui um limite reduzido, uma vez que é aplicada unicamente dentro dos inquéritos policiais. Na prisão temporária, a cautela se direciona ao sucesso da investigação policial; enquanto as outras espécies de medidas cautelares restritivas de liberdade sempre têm como tutela-fim o resultado do processo, sua finalidade é formar acervo probante para o membro do *parquet* ou para o querelante, de molde a proporcionar o início da ação penal. Além das características das cautelares, devem estar evidentes os demais pressupostos autorizadores da constrição, quais sejam, o *fumus boni juris*, o *periculum in mora* e a natureza da infração.⁴¹

Conforme amplamente defendido pela doutrina, a prisão é um mal que deve ser evitado a todo custo, principalmente no que diz respeito às prisões cautelares. No caso da prisão temporária, a responsabilidade e o cuidado no momento da decretação devem ser reforçados, haja vista a reduzida carga probatória à disposição do juiz, que somente deverá decretar a prisão se for clara a presença dos requisitos que justifiquem a cautelaridade expressa no ordenamento legal. Destarte, fundar-se-á a decretação da prisão temporária principalmente em decorrência do *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que efetivamente existe, em se mantendo o acusado em liberdade. Esse perigo deve ser visto por diversos parâmetros. Destaca-se o perigo *in concreto* do réu e o perigo sua fuga. Não basta que a custódia cautelar se justifique em face da presença de

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 300.

⁴¹ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão Temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 99.

fundadas razões de autoria ou participação em grave crime, de modo a caracterizar somente o *fumus boni juris*.

Para Edilson Mougenot Bonfim a decretação da prisão temporária depende da existência concomitante de alguma das hipóteses do artigo 1º, inciso III da Lei 7.960/89, que dispõe que caberá prisão temporária quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes que constam no rol deste mesmo artigo, configuradora do *fumus commissi delicti*, em conjunto com uma das hipóteses dos incisos I ou II, do mesmo dispositivo, que preveem que caberá prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade reveladoras do *periculum libertaris*.⁴²

No entendimento de Fernando Capez, para haver a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos dispostos nos incisos I e II do artigo 1º da Lei 7.960/89, apresentados no parágrafo anterior, que evidenciam o *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.⁴³

Para finalizar, resta evidente o juízo de necessidade e legalidade que deve ser feito pelo magistrado no momento da decretação da prisão temporária.

1.3 PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR, SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão provisória domiciliar é um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro. Foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio nos moldes atuais pela Lei n.º 12.403/11. A Lei de Execuções Penais já tratava desse instituto como medida utilizada para os já condenados. Se fizermos um paralelo com a Lei n.º 7.210/84, poderemos também observar nela a natureza unicamente substitutiva da Prisão Provisória Domiciliar, pois o seu artigo 117 somente admite o “Recolhimento

⁴² BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 483

⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 331.

em Residência Particular”, como substituto da Prisão Pena.⁴⁴ Constitui medida cautelar restritiva de liberdade utilizada em casos específicos, nos casos em que o acusado é pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência – ou gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Concluímos, portanto, que a decretação desta tem vasta fundamentação humanitária⁴⁵.

Aquele que apresentar prova idônea dos requisitos estabelecidos anteriormente e obtiver a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, além de fazer uso dos benefícios trazidos pelo próprio ambiente do lar, ao invés de usufruir das mazelas do sistema carcerário, trará também algumas vantagens ao erário. Com a redução do contingente carcerário, principalmente no que se refere aos presos cautelares, haverá também redução das despesas do Estado surgidas com o aprisionamento antecipado.

Para Renato Marcão, a prisão domiciliar substitutiva da preventiva é modalidade de prisão cautelar em regime domiciliar, cuja concessão se encontra condicionada à satisfação de determinados requisitos e sua permanência condicionada à satisfação de outros requisitos, que forem determinados pelo juiz, em decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial, mediante requerimento do Ministério Público ou do investigado.⁴⁶

De acordo com Andrey Borges de Mendonça, a prisão domiciliar é uma substituição da prisão cautelar, aplicável para situações excepcionais e extremas em que, por nítidas questões humanitárias, a prisão preventiva se mostre extremamente cruel ou desumana, frontalmente violadora do princípio da dignidade humana.⁴⁷

A prisão domiciliar poderá ser decretada a qualquer tempo, tanto na fase de investigação policial, sendo feito o pedido em favor do indiciado, quanto no

⁴⁴ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. Prisão Provisória Domiciliar. Disponível em <http://blogdoalbertojorge.blogspot.com.br/2011/07/prisao-provisoria-domiciliar.html>. Acesso em 15/06/2012.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 120.121/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 3/9/2009, DJe 21/09/2009.

⁴⁶ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 179

⁴⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 406.

decorrer da ação penal, em favor do acusado⁴⁸. Contudo, deverá ser observado o momento no qual haverá de ser feita a decretação para a definição de quem serão os legitimados a fazer tal requerimento.

Uma vez concedido o benefício da prisão domiciliar o indiciado ou o acusado deverão respeitar algumas condições para que esta possa ser mantida. A condição legal imposta ao preso domiciliar é a de não se ausentar de sua residência sem autorização judicial em situações devidamente justificadas. Pela sistemática introduzida, na prisão domiciliar a pessoa ficará reclusa em sua residência durante todo período. Para a fiscalização da medida – que se trata de espécie de prisão, a ser cumprida em domicílio – é plenamente possível que haja vigilância contínua, mesmo que eletrônica, na residência, caso se entenda necessária e conveniente, desde que com discrição e sem constrangimento ao preso. Também pode o juiz determinar que policiais ou oficiais de justiça realizem visitas ao domicílio, em horário e dias alternados, com o intuito de verificar se o agente se encontra no local.⁴⁹

⁴⁸ De acordo com o artigo 317 do Código de Processo Penal: A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 415/416.

2 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva constitui espécie de medida cautelar restritiva de liberdade. Nas palavras de José Frederico Marques, a prisão preventiva é a mais genuína das formas de prisão cautelar.⁵⁰ O instituto em estudo está regulado no Livro I, Título IX, Capítulo II, do Código de Processo Penal entre os artigos 311 a 316.

As mudanças feitas no Código de Processo Penal a partir da vigência da Lei n.º 12.403/11 alteraram significativamente o que era disposto sobre a prisão preventiva, fazendo com que, atualmente, fique mais evidente a sua importância e o seu caráter excepcional e temporário. Na atualidade, a prisão preventiva somente é possível quando não for cabível outro tipo de medida cautelar. Reforçando a ideia de que a prisão é a exceção e a regra é a liberdade.

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar decretada pela autoridade judicial competente, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente. Esta modalidade de prisão possui caráter instrumental, ou seja, processual e não deve ser utilizada como forma de analisar o mérito da questão. A prisão preventiva diferencia-se da prisão-pena porque pode ser decretada sem uma sentença condenatória transitada em julgado. Destaque-se que a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.

Nas palavras de Tourinho Filho, “a prisão preventiva é medida excepcionalíssima e que se justifica, em face da Constituição, apenas e tão somente para preservar a instrução criminal ou a exequibilidade da efetivação da pena. O que ultrapassar esse limite, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, representa o *nec plus ultra*, ou seja, o não ultrapassar do arbítrio.”⁵¹

A prisão preventiva não será imposta quando forem as infrações consideradas de menor potencial ofensivo e nos casos em que a lei não prevê pena privativa de liberdade.

Segundo o disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual pena*, Campinas: Millennium, 2009, v.IV, p.37.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 567.

condenatória, portanto não podemos considerar o agente presumidamente culpado. Temos nesse enunciado o conceito do princípio da presunção da inocência ou da não culpa. No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não culpada, ou seja, não considerada autora do crime. Não se trata, por óbvio, de um conceito singelo de candura ou ingenuidade. O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal, e seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.⁵² Se fizermos a análise isolada desse preceito constitucional poderíamos considerar qualquer tipo de prisão cautelar como inconstitucional, de acordo com o ordenamento nacional vigente. Entretanto, a própria Carta Magna de 1988 demonstra a possibilidade de decretação das prisões sem que haja uma sentença que tenha transitado em julgado, estabelecendo em seu artigo 5º, inciso LXI a possibilidade da prisão em flagrante e tratando da inafiançabilidade de certos tipos de delito no inciso LXIII do mesmo artigo. O ordenamento jurídico brasileiro está em consonância com a convenção americana de direitos humanos que traz em seu artigo 8, item 2 a expressão previsão da presunção de inocência, mas, apesar de possuir normas fundadas no princípio da inocência ou da não culpa, o Estado brasileiro admite exceções a esse princípio.

O Código de Processo Penal em seu artigo 310 dispõe que o juiz deverá, fundamentalmente, ao receber o auto de prisão em flagrante, relaxar a prisão ilegal ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando estiverem presentes os requisitos do artigo 312 do mesmo Código, caso outras medidas cautelares diversas da prisão sejam insuficientes.

2.1 PRESSUPOSTOS

Pressupostos são antecedentes que se fazem necessários. No caso da prisão preventiva, serão pressupostos de admissibilidade a prova da existência do crime e o indício suficiente da autoria. Devemos notar, contudo, que, nessa fase, não é exigida

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 264.

prova que demonstre plena certeza, bastando a presença de meros indícios, ou seja, deve existir a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do delito.

O requisito é comumente trazido pela doutrina na expressão latina *fumus boni juris*, ou “fumaça do bom direito”. Desse modo, deve haver algum tipo de fundamento ou evidência para que possa requerer a prisão preventiva. Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça, “para que se possa decretar toda e qualquer medida cautelar, e com muito maior razão a prisão preventiva, urge que seja demonstrada a plausibilidade da prática de um delito por parte do indiciado ou acusado. Em outras palavras, deve-se verificar se há *fumus commissi delicti*, ou seja, a fumaça que foi cometido um delito. Não se pode admitir uma medida tão agressiva ao *status libertatis* se não houver ao menos um mínimo de provas a indicar a autoria e a materialidade delitiva”.⁵³

Em nenhuma hipótese será possível a decretação da prisão preventiva sem a presença de qualquer um desses pressupostos, quais sejam: provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Caso, ainda assim, houvesse a decretação da prisão preventiva, ela acabaria por se tornar uma injustificável violência à pessoa, fato que é veementemente repellido por nossos estatutos, mesmo que em um momento posterior ficasse provada a irrefutável participação do indivíduo no delito.

Para que seja possível pleitear a decretação de prisão preventiva, antes se faz necessário que haja prova de que o delito verdadeiramente ocorreu, contida nos autos do inquérito ou na ação penal. No âmbito da materialidade da ação, como se infere da expressão *prova de existência do crime*, constante do art. 312 do Código de Processo Penal, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva.

Recaindo a prisão preventiva sobre determinada pessoa, é indubitoso que esta medida extrema e excepcional só poderá ser adotada se, *in casu*, além de ficar demonstrada a presença de uma das hipóteses de cabimento previstas no artigo 312⁵⁴ do Código de Processo Penal e a existência de prova da ocorrência do crime, também se evidenciar nos autos do inquérito ou da ação penal a existência de indícios suficientes indicativos da autoria – *fumus commissi delicti*.⁵⁵

⁵³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 230/231.

⁵⁴ 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 indícios suficientes de autoria.

⁵⁵ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: De acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 141

No que diz respeito à autoria, o Código de Processo Penal exige que a presença de indício seja suficiente para demonstrá-la. Renato Brasileiro de Lima diz que “como é cediço, a palavra indício possui dois significados. Ora é usada no sentido de prova indireta, tal qual preceitua o art. 239 do CPP (“ Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”)., ora é usada no sentido de uma prova semiplena, ou seja, aquela com menor valor persuasivo”.⁵⁶

Reforçando a compreensão do significado de indício, Mittermaier considera que seja “um fato em relação tão preciosa com outro fato, que, de um, chega se ao outro por uma conclusão natural”.⁵⁷

Caso haja a decretação de prisão preventiva sem qualquer um dos pressupostos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal a prisão incide em constrangimento ilegal, sanável por meio de *habeas corpus*.

2.2 CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS

As circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva estão contidas no art. 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; e d) asseguarção de eventual pena a ser imposta.

A prisão preventiva, além de se submeter necessariamente a dois pressupostos, que são a prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, também deverá obrigatoriamente apresentar ao menos uma das quatro circunstâncias autorizadoras as quais justificariam a necessidade da decretação da prisão. Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho nos traz que, “A prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma destas circunstâncias: “conveniência da instrução criminal” e “asseguramento da aplicação da lei penal”. Desse modo toda e qualquer prisão provisória que extrapole esse limite é ilegítima, arbitrária, visto que contrária ao princípio de inocência e ao dogma de fé no princípio constitucional da legalidade penal.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 233

⁵⁷ MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. Herbert Wüntzel Henrich. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996. p. 497.

É certo que o art. 312 do CPP alude a quatro circunstâncias. Há, além das duas referidas acima, quais sejam: a “conveniência da instrução criminal” e o “asseguramento da aplicação da lei penal”, mais duas: a “garantia da ordem pública” e a “garantia da ordem econômica”. Não se pode perder de vista que nosso diploma processual data de 1942 e foi elaborado durante um regime ditatorial. Àquela época, o nosso ordenamento não conhecia o princípio da presunção de inocência como dogma constitucional, ou, se o conhecia, não lhe atribuiu a relevância que possui no atual momento histórico.

Considerando que a prisão preventiva tem caráter eminentemente cautelar, podemos concluir que as duas últimas circunstâncias autorizadas da medida extrema repousam na conveniência da sociedade ou têm critério meramente utilitário.⁵⁸

A permanência do indivíduo em custódia de forma preventiva não tem como fim servir de exemplo e atuar de forma preventiva desencorajando a atuação contrária as normas, pois este é um fim exclusivo da pena. Não é admissível que a prisão preventiva seja ordenada para servir de exemplo. Da mesma forma, é errôneo atribuir a este tipo de prisão uma finalidade que vise somente a satisfação do sentimento público de justiça. Embora essa finalidade seja comumente vista na prática. Nesses casos, apoiado em falsos critérios, o juiz utiliza a justiça com fins políticos, midiáticos ou de vaidade. O juiz deverá adequar as quatro circunstâncias autorizadas que estão dispostas no artigo 312 do CPP com o princípio da presunção de inocência elencado na Constituição Federal, ou seja, adaptar a norma processual penal ao texto constitucional. Para isso, somente deverá ser decretada a medida extrema de privação da liberdade do indivíduo, quando houver irrefutável caráter cautelar, quando indispensável aos fins do processo, e, em cada caso concreto, deverá ser feita uma análise minuciosa dos autos para que seja possível a extração de provas atinentes. O juiz deve perceber que de nada vale o seu convencimento ou opinião pessoal extra-autos, da mesma maneira a sua presunção. Nas palavras de Tourinho Filho, “Se a Constituição proclama a “presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado”, como pode o juiz presumir que ele vai fugir, que vai prejudicar a instrução, que vai cometer novas infrações? Como

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 550.

pode o juiz estabelecer presunção contrária ao réu se a Lei Maior proclama-lhe a presunção da inocência?”.⁵⁹

Em 1764, o ilustre Marquês de Beccaria já se pronunciava sobre o assunto, “O acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime”.⁶⁰

2.2.1 ORDEM PÚBLICA

A lei menciona a ordem pública como circunstância autorizadora para decretação da prisão preventiva. Mas o que podemos entender como garantia da ordem pública a ponto de se tratar de algo que deva ser defendido para justificar a privação de liberdade do indivíduo? Podemos visualizar a ordem pública como a continuação do estado de tranquilidade social configurada, dentre outros, como a sensação de segurança, a qual o cidadão está submetido ao ter confiança na funcionabilidade das instituições democráticas. O estado de tranquilidade social se caracteriza quando são evitadas reiterações delitivas dos agentes transgressores através de providências jurisdicionais rápidas e eficazes, demonstrando dessa maneira a credibilidade das instituições públicas. Portanto, podemos afirmar que ordem pública pode ser entendida como o escopo de se evitar a prática de novas infrações penais. Em outras palavras, a provável continuidade da prática delitiva justifica a prisão preventiva do acusado, em razão da garantia da ordem pública, quando se demonstre concretamente a elevada probabilidade de se evitar a prática de novas infrações penais.⁶¹ Percebemos, entretanto, que a obtenção desse juízo de probabilidade da prática de novos atos delituosos por parte de indiciado ou acusado suspeito deverá ser auferida através de circunstâncias pontuais e fatos indiretos, pois dificilmente esse agente transgressor se manifestará para explicitar a finalidade de reiterar seu ato. Deve o juiz fazer análise para verificar se a probabilidade de reiteração criminosa com base nos fatos e indícios concretos está presente, bem como se há a plausibilidade de eventual ocorrência futura de danos.

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 551.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 58.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 92.735, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 8.9.2009, *DJe* 191, divulgado em 8/10/2009, publicado em 9/10/2009.

Para Tourinho Filho, “Ordem pública é expressão de conceito indeterminado, por demais fluida, sem qualquer consistência. Normalmente, entende-se por *ordem pública* a paz, a tranquilidade no meio social”.⁶²

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, “Existem três correntes na doutrina e na jurisprudência que possibilitam a decretação da prisão preventiva, decretada com fundamento na garantia da ordem pública. Para uma primeira corrente (minoritária), a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não é dotada de fundamentação cautelar, figurando como inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena. Para os adeptos dessa primeira corrente, medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (finalidade extraprocessual). (...) Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, *entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime.* Acertadamente, essa corrente, que é majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente. (...) Por fim, para uma terceira corrente, com caráter ampliativo, a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública pode ser decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, e também nos casos em que o cárcere *ad custodiam* for necessário para *acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público*”.⁶³

Ademais, deve-se perceber que comprovada a periculosidade do agente com base em dados concretos, na forma em que foi conduzido o delito, ou ainda caso esteja presente outra circunstância autorizadora da decretação de prisão preventiva, as

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 681

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 240.

condições favoráveis como bons antecedentes, primariedade, profissão definida e residência fixa não impedem a decretação de sua prisão preventiva.⁶⁴

Em pesquisa realizada na jurisprudência para que fosse possível uma melhor visualização das hipóteses mais presentes na rotina judiciária sobre o tema, obtivemos o seguinte:

Periculosidade do agente. STJ: “Verifica-se não existir constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente amparada na garantia da ordem pública, evidenciada pelo *modus operandi* da conduta. Os disparos de arma de fogo, como visto, foram efetuados em via pública, de cima de uma motocicleta, o que revela a periculosidade do paciente, que poderia ter atingido, além da vítima, outros transeuntes que passavam pelo local.”⁶⁵

“Inexiste constrangimento ilegal manifesto a ser sanado se a prisão provisória foi mantida em virtude de permanecer hígido o motivo que autorizou a custódia cautelar do paciente, a saber, a necessidade da garantia da ordem pública, evidenciada pela periculosidade concreta do agente, notadamente se levado em conta que a preservação da prisão, após a prolação da sentença condenatória, encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que o réu mantido segregado durante toda a instrução criminal deve assim permanecer, como um dos consectários lógicos e necessários da condenação.”⁶⁶

“A imposição da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o *modus operandi* do delito, praticado por meio de vários golpes de machado na face da vítima.”⁶⁷

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 6.915/CE, 6ª T., j. 14-4-1998, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 1-6-1998, RT 755/572. *No mesmo sentido*: STJ, 6ª Turma, RHC nº 21.989/CE, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 06/12/2007, DJ 19/12/2007.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 212.472/MT, 5ª T., rel. Min. Marilza Maynard, j. 26-02-2013, DJe de 04-03-2013

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 238.682 / RS, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 05-02-2013, DJe de 15-02-2013.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 189194 / ES, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 18-12-2012, DJe de 01-02-2013.

Organização criminosa. STJ: “A participação dos recorrentes em organização criminosa, evidencia a dedicação aos delitos da espécie, alicerce suficiente para a motivação da garantia da ordem pública, mantida na sentença condenatória.”⁶⁸

“A prisão cautelar do paciente está fundamentada em dado concreto apto a justificá-la para garantia da ordem pública, consistente no fato de o paciente integrar organização criminosa dedicada à prática de crime contra o patrimônio. Tal argumento, segundo o entendimento desta Corte Superior de Justiça, constitui fundamento suficiente para a decretação da prisão antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que consiste em dado concreto apto a evidenciar a existência do requisito da garantia da ordem pública, previsto no art. 312 do Código de Processo Penal.”⁶⁹

“Na verdade, a mera circunstância de o Paciente integrar uma organização criminosa dedicada à prática de delitos os mais diversos, contendo detalhamento de atividades, participação de servidores públicos, associado à relevância do papel que ele exerce no grupo, somente isto já é suficiente para a prisão preventiva. Sabe-se perfeitamente que essas organizações não se intimidam com a ação repressora do Estado, no sentido de investigar e punir a ação do grupo. Apesar do inquérito policial, apesar da ação penal, apesar de até saberem que vão ser condenados pelos crimes de que são acusados, os integrantes da organização contam com esse tipo de percalços em suas atividades, sendo estruturada e organizada para superar esses problemas e persistir na prática de crimes. Para que a ação repressora do Estado seja efetiva, é necessário que o grupo seja desestruturado, o que somente se obtém com a prisão dos seus integrantes. A medida, longe de representar uma punição antecipada pelos crimes cometidos, constitui-se em meio hábil para se proteger o meio social da ação deletéria da organização. Daí porque o principal fundamento para a custódia é a garantida da ordem pública.”⁷⁰

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 34887 / PE, 5ª T., rel. Min Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), j. 21-02-2013, *DJe* de 27-02-2013.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 164491 / SP, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07-02-2013, *DJe* de 22-02-2013.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 33669 / RO, 5ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 25-05-2004, *DJ* de 01-07-2004, p. 238.

2.2.2 ORDEM ECONÔMICA

A circunstância autorizadora “garantia da ordem econômica” foi introduzida posteriormente no art. 312 do CPP através da Lei nº 8.884/94, a chamada Lei Antitruste, e está amplamente relacionada ao combate aos crimes financeiros, principalmente contra aqueles que ferem o sistema financeiro nacional⁷¹.

Quando falamos em lesão à ordem econômica, levamos em conta uma possível lesão econômica e sua repercussão no que tange a ordem financeira nacional, ainda no mercado de ações e conseqüentemente na credibilidade das instituições financeiras. Vemos que assim como acontece com a ordem pública, a credibilidade, ou seja, a imagem que é transmitida ao cidadão é fato primordial a ser protegido, portanto, fato que, de acordo com a legislação vigente, justifica a privação de liberdade. O conceito de ordem pública também traz correlações. A ordem pública da mesma forma está voltada para a prevenção da prática de novas infrações penais, contudo essas infrações estão especificamente ligadas aos crimes econômicos em geral, ou seja, crimes contra a ordem econômica, a economia popular, contra as relações de consumo, contra a propriedade industrial, dentre outros. Desta forma se manifestou o Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, dispondo que “a garantia da ordem econômica autoriza a custódia cautelar, se as atividades ilícitas do grupo criminoso a que, supostamente, pertence o paciente, repercutem negativamente no comércio ilícito, portanto, alcançam um indeterminado contingente de trabalhadores honestos”.⁷²

Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça, “Em verdade, quando a Lei n.º 8.884/1994 introduziu a garantia da ordem econômica no art. 312 do Código de Processo Penal – o que foi mantido pela Lei 12.403/2011 –, não se buscava criar propriamente um novo fundamento para a prisão preventiva, mas sim indicar ao intérprete e ao magistrado que se deve ser mais severo com os delitos contra a ordem econômica. Realmente, ao contrário do que se imagina, a criminalidade econômica

⁷¹ BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acesso em 15 abr. 2013.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.016, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 13.11.2007, *DJe* de 9.5.2008.

atinge muito mais intensamente o interesse da coletividade que os delitos contra o patrimônio, por exemplo.”⁷³

Desta forma, entendemos que o legislador buscou transmitir que, apesar da pouca visibilidade e da não determinação de uma vítima, os danos causados com o cometimento e muito mais com a reiteração desse tipo de delito atingem a sociedade de uma maneira muito mais difusa e profunda. Por esses motivos, dentre outros, o magistrado deve estar muito mais atento no momento da decretação da prisão preventiva, pois os crimes que atingem a ordem econômica possuem diversas peculiaridades em relação aos crimes contra a pessoa. Entendemos que a possibilidade de o dano continuar a ser repetido com a manutenção do suspeito em liberdade é muito maior.

Ademais, necessária se faz a observação no que tange ao cumprimento do objetivo de desconstituir a organização das organizações responsáveis pelo cometimento dos crimes que afetam a ordem econômica. Ao ser feita análise da efetividade das medidas cautelares privativas de liberdade no combate a esses tipos de crimes, percebemos que esta não seria a forma mais eficaz de se fazê-lo. A recuperação dos ativos ilícitos, a reformulação de uma cultura centenária, a modificação de uma mentalidade a muito constituída e, somado a isso, a manutenção das prisões cautelares seriam medidas que trariam uma revolução na luta contra esse tipo de crime.

Em crimes contra a ordem econômica, a prisão dos infratores responsáveis por feri-la não desmantelará a organização que prejudica as vítimas como um todo, ou seja, o chefe da organização criminosa, ao ser destituído de seu posto, dará lugar a outro que continuará com a prática do ilícito. Efeito diverso ocorrerá caso o corpo financeiro da organização criminosa seja atingindo por inteiro, tornando-se dessa forma um alvo mais fácil para que seja possível o seu combate.

Por fim, a Lei n.º 7.492/86, que trata do sistema financeiro, dispõe em seu art. 30 que sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto naquela lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada. Desta forma ficou estabelecida nova circunstância autorizadora de decretação da prisão preventiva. Grande parte da doutrina não coaduna com essa circunstância, pois tendo a prisão preventiva uma função instrumental para o

⁷³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 273.

bom andamento do processo, não é verificado o *periculum libertatis* caso não seja decretada tal medida. Nas palavras de Tourinho Filho, “Criou-se, pois, mais uma circunstância autorizadora de medida odiosa. Circunstância também esdrúxula. E mais esdrúxula que a da garantia econômica”.⁷⁴

2.2.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Podemos entender a conveniência da instrução criminal como a essência das medidas cautelares restritivas de liberdade. As prisões processuais com seu caráter instrumental tem como base o bom andamento tanto do inquérito como o bom andamento do rito processual. Desta forma, a circunstância por si só justifica a manutenção do encarceramento do indivíduo infrator.

O *periculum libertatis* está relacionado às condutas em que o réu pode criar alguma dificuldade à realização da instrução criminal, prejudicando dessa maneira a busca da verdade pura, finalidade do procedimento penal.

Nas palavras de Renato Marcão, “Se a cautela visava apenas e tão somente à conveniência da instrução criminal, estando ela finda, não deve subsistir sob tal fundamento decretada. Se, todavia, a decretação estiver escoltada em mais de uma circunstância, poderá persistir a prisão, notadamente se o outro argumento tiver relação com a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.”⁷⁵

Trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita das provas. Deve-se demonstrar, com dados concretos, que, solto, o indiciado ou acusado pode suprir os elementos probatórios indicadores de sua culpabilidade, ameaçando vítimas e testemunhas, destruindo evidências materiais.⁷⁶

O que se verifica é que a prisão, com base nesse fundamento ora em análise, deve ser decretada quando a medida for imprescindível ou indispensável para a correta produção probatória e não, como a lei diz, por mera “conveniência”.⁷⁷

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 560.

⁷⁵ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

⁷⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. *Reforma do Código de Processo Penal: Comentários à lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132.

⁷⁷ LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 229.

Finalmente, devemos nos ater ao fato de que a decretação da prisão preventiva fundada na conveniência da instrução criminal deixará de estar justificada no momento em que a instrução criminal estiver encerrada. Aplica-se ao caso a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a inalterabilidade obtida com o encerramento da instrução corresponde à permanência da mesma situação fática anterior a motivação da decretação da prisão preventiva, o que autoriza ao julgador revogar ou substituir a restrição da liberdade, uma vez que não estarão presentes os motivos para sua subsistência, nos termos do art. 282, § 5º do CPP.

Em se tratando de processo criminal no qual o júri seja competente, a prisão preventiva poderá ter uma duração prolongada, ou seja, com base na conveniência da instrução criminal o encarceramento do indiciado ou acusado poderá ter fim tão somente após o julgamento em plenário. Nestes casos, leva-se em consideração que as testemunhas ameaçadas pelo acusado poderão ser chamadas para prestar depoimento em plenário.

2.2.4 APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Para alguns doutrinadores, assegurar a aplicação da lei penal juntamente com a conveniência da instrução criminal seriam as legítimas circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva.

Trata-se de circunstância que autoriza a decretação da prisão preventiva e tem por finalidade assegurar a aplicação da lei penal com o intuito de impedir que a pena imposta deixe de ser devidamente executada no caso de uma eventual condenação. A admissibilidade dessa circunstância é considerada como tendo um juízo arriscado, pois falamos de uma eventual e incerta condenação, ou seja, tal fato poderá ocorrer ou não. Entretanto, apesar das discussões acerca do tema, considera-se totalmente plausível sua utilização, pois esta poderá ser, por diversas vezes, a providência cautelar que irá impedir que o investigado ou o réu possa fugir, deixando de ser alcançado pela justiça. Como já decidiu o STF, “admite-se a decretação da prisão preventiva para a garantia da aplicação da lei penal quando as peças que instruírem o

respectivo processo-crime revelarem um nítido propósito do acusado de furtar-se à aplicação da lei penal”.⁷⁸

Como toda medida cautelar, o resguardo à aplicação da lei penal tem um caráter preventivo, ou seja, uma garantia do bom andamento processual que possivelmente resulte na condenação do indivíduo. Desse modo, o cumprimento da sanção imposta, como parte integrante do processo, deve ser protegido para o cumprimento das expectativas sociais.

Se o infrator, ao entender que a gravidade de seu delito inevitavelmente resultará em sua condenação, começa a se desfazer de seus bens móveis, pede demissão de seu emprego dentre outras ações que sinalizam um possível afastamento, então, suas atitudes permitem inferir um possível plano de fuga. É nesse momento que o magistrado deve analisar caso a caso com as fundamentações engajadas nos autos para que seja possível a decretação da prisão preventiva, por antever uma ação que não contribuiria para o fechamento do ciclo processual. Importante ressaltar ainda que a mera constatação de que o acusado não possui residência fixa, ou mesmo que seja morador de rua, não constitui fundamento válido para a decretação da preventiva consubstanciada unicamente na finalidade de se assegurar a aplicação da lei penal.

“Considerando que o Recorrente foi preso em flagrante pelo crime de que se cuida e respondeu nessa situação a todo o processo, não se mostra razoável deferir-lhe, nesta oportunidade, o direito de aguardar em liberdade o desfecho final do feito, sobretudo se considerado que se trata de cidadão holandês, que não possui residência fixa no país e que tem contra si instaurado inquérito de expulsão, consoante se vê das informações recebidas do Juízo das Execuções Criminais de Avaré/SP.”⁷⁹

“O Superior Tribunal de Justiça entende que condições pessoais favoráveis, como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos.”⁸⁰

Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça, “A previsibilidade de fuga muitas vezes dependerá das circunstâncias factuais e de elementos indiretos, baseando-se em juízo de cognição não exauriente, em relação à profundidade. Isto

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 102.460, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 23.11.2010, *DJe* 028, divulgado em 10.2.2011.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1285631 / SP, 5ª T., rel. Min. , j. 19-02-2013. *DJe* 28-02-2013.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 212472 / MT, 5ª T., rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), j. 26-02-2013, *DJe* 04-03-2013.

significa o mesmo que dizer que a cognição sobre o *periculum in mora* deve ser feita com base em um juízo de probabilidade da ocorrência de um dano, pois seria impossível chegar-se à certeza desse perigo, a não ser depois e retrospectivamente (ou seja, depois de ocorrido), uma vez ser inviável ao magistrado predizer o futuro com convicção plena”.⁸¹

Apesar de frisar que a mera possibilidade de fuga é motivo mais do que suficiente para a decretação da prisão preventiva. O Supremo tem se manifestado sobre possibilidades de que o indiciado ou acusado, mesmo praticando a fuga teria um respaldo para manter-se em liberdade. O STF já se manifestou no sentido de que é “legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal porque não lhe pesa ônus de se submeter à prisão cuja legalidade pretende contestar”.⁸² Na mesma linha de raciocínio afirmou que “em situações excepcionalíssimas, é legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal”.⁸³ De maneira geral, podemos estabelecer que a decretação dessa prisão baseada na possibilidade de fuga é a regra, devendo o magistrado analisar o caso concreto para verificar se, mesmo com a possibilidade de fuga, será possível a manutenção da liberdade do infrator.

2.3 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

Neste passo, é necessário lembrar que a nova sistemática introduzida pela Lei 12.403/2011 prevê duas formas de prisão preventiva. Ao lado da tradicional prisão preventiva, que pode ser aplicada independentemente de qualquer outra medida cautelar anterior (preventiva originária ou autônoma), há outra forma dessa prisão, estabelecida justamente em função do descumprimento das medidas alternativas à prisão (...), chamada de prisão preventiva substitutiva.⁸⁴

De acordo com o artigo 313 do CPP a prisão preventiva somente poderá ser decretada nos termos do artigo 312, nos crimes dolosos: I) quando a pena máxima cominada for superior a 4 anos; II) se o réu tiver sido condenado por outro

⁸¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 281.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 93.296, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 20.4.2010, *DJe* 110, divulgado em 17.6.2010.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 101.981, Rel. Min. Dias Toffoni, Primeira Turma, julgado em 17.8.2010, *DJe* 209, divulgado em 28.10.2010.

⁸⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 232.

crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do artigo 64 do CP ⁸⁵; III) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir aplicação a execução das medidas protetivas de urgência. Portanto, somente caberá prisão preventiva nos crimes dolosos, punidos com reclusão, não sendo admissível prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com detenção, nos crimes culposos nem nas contravenções penais.

Podemos entender que as hipóteses II e III mencionadas supra não dependem da pena cominada ser superior a 4 anos, pois não existem restrições, para que possa haver a decretação da preventiva. Além dessas hipóteses descritas, para haver a decretação da prisão deverá ser respeitada ao menos uma das circunstâncias autorizadas já mencionadas neste trabalho. O artigo 313 do CPP ainda dispõe em seu parágrafo único que também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Por fim, para finalizar as hipóteses de admissibilidade devemos ainda observar o disposto no § 4º do artigo 282 do CPP, com redação dada pela Lei. 12.403/2011, hipótese essa que caracteriza a chamada prisão preventiva substitutiva. Se houver descumprimento de qualquer das obrigações impostas, quando da concessão da cautelar, o Juiz, de ofício – se o fato ocorrer após a propositura da ação penal – ou mediante requerimento do Ministério Público querelante ou assistente da acusação, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Existe grande controvérsia na doutrina com fundamento no que traz o disposto no inciso II do artigo 313 do CPP que traz que será admitida a decretação da prisão preventiva se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848/40 do Código Penal. Percebemos que o réu, após ser condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvada a possibilidade de ter ocorrido a prescrição da reincidência (art.64, I, do CP) ao cometer outro crime

⁸⁵ De acordo com o artigo 64 do Código Penal Brasileiro: Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

posteriormente poderá ter decretada sua prisão preventiva baseada unicamente no inciso II do artigo 313, ou seja, será ele punido pelo mesmo fato novamente. Desta forma, nos parece que seria causada afronta ao princípio do *no bis in idem*.

A interpretação das condições de admissibilidade da prisão preventiva deve ser feita de maneira conjugada com as penas restritivas de direito⁸⁶. O artigo 313 do CPP foi estabelecido com o intuito de evitar a imposição de prisão quando se tratar de infração na qual, ao final do processo, não se aplicará pena privativa de liberdade. Por isto, a similitude entre os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade do artigo 44 do Código Penal e as condições de admissibilidade da prisão preventiva do art. 313.⁸⁷

2.4 REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 316 do CPP afirma que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A análise feita pelo artigo 316 do CPP reforça o fundamento de todas as prisões cautelares, qual seja: evitar qualquer perigo de interferência do indiciado ou do acusado no bom andamento do procedimento penal. No caso da prisão preventiva, o indivíduo colocado nesse tipo de custódia por determinado motivo que pudesse influenciar na verificação da verdade real, ao ver esse motivo cessado ou haver terminado o procedimento ao qual ele passava por investigado, deverá se ver livre dessa privação de liberdade, sob pena de haver a manutenção de uma prisão ilegal.

Os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva devem estar presentes não apenas no momento da sua decretação, como também durante toda a continuidade de imposição da prisão no curso do processo. Diz-se por isso, que a decisão que decreta ou denega a prisão preventiva é baseada na cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, uma vez mantida a situação fática e jurídica que motivou a decretação da prisão cautelar, esta deve ser mantida. No entanto, se alterados os pressupostos que serviram de base à decisão, pode o juiz proferir nova decisão em

⁸⁶ De acordo com o artigo 44 do Código Penal Brasileiro. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade,

⁸⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 255.

substituição a anterior, na medida em que tal decisão faz preclusão *pro judicato*,⁸⁸ ou seja, ocorre a preclusão como se o magistrado já tivesse feito o julgamento.

Finalmente, devemos observar que a revogação da prisão preventiva não poderá ser confundida com a cassação (anulação) da mesma. Neste caso, a cassação da prisão preventiva ocorre se estiverem presentes vícios de legalidade, como a ausência de fundamentação, por exemplo. Nesse caso, a cassação pode ser obtida por meio de *habeas corpus* objetivando assim o relaxamento dessa prisão ilegal. Ao contrário da revogação que condiz com os fins dos pressupostos que autorizavam a sua continuação.

Entretanto, se após a revogação ficar demonstrado que nova custódia se faz imprescindível para dar continuidade ao procedimento penal nada impede que seja ela decretada ao amparo deste novo fundamento.

Faremos menção aqui também sobre a vedação legal à prisão preventiva. Será vedada a prisão preventiva em período eleitoral, ressalvado o flagrante delito.

Nos termos do disposto no *caput* do artigo 236 do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65), é vedada a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período de cinco dias antes e 48 horas depois do encerramento das eleições, salvo em flagrante delito, em virtude de sentença penal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. A mesma interpretação deve ser feita quanto a prisão temporária, mesmo que não haja referência expressa.

“Inserida a prisão em flagrante em uma das hipóteses permissivas de segregação cautelar no período eleitoral, inteligência do art. 236, *caput*, do Código Eleitoral, legítima é a prisão cautelar do paciente.”⁸⁹

A lisura e a legitimidade do processo eleitoral são, efetivamente, fundamentais para a construção da democracia. Nesse passo, a tranquilidade de seus participantes há mesmo de ser preservada nos períodos nos quais a disputa tende a se acirrar. É de se lembrar que o exercício do direito ao voto e do direito de ser votado expressam direito político fundamental, reconhecido expressamente na Carta de 1988.⁹⁰

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 288.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 197162 / MG, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14/02/2012, *DJe* 07/03/2012.

⁹⁰ PACELLI, Eugênio, *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 563.

3. A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA INFLUENCIADA PELO CLAMOR PÚBLICO. ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Para a análise do caso concreto, faz-se necessária avaliação do papel da mídia como meio de informação. É possível visualizar o potencial poder influente que os meios de comunicação exercem em um país como o Brasil, onde encontramos uma grande quantidade de pessoas analfabetas e sem formação suficiente. A capacidade da mídia de transformar opiniões no meio social somente potencializa-se. O fenômeno do sensacionalismo com que são tratados alguns assuntos e os reflexos deste tratamento sobre comportamentos e opiniões de grandes massas populacionais são um indicativo do poder exercido pelos meios de comunicação.

Tratando-se de casos criminais, o sensacionalismo se articula com diversos fatores existentes ao longo do trâmite do processo penal, tais como: a separação maniqueísta das pessoas envolvidas; o estereótipo da categoria “bandida”; as distorções da realidade; a penetração da ideologia do medo na sociedade; a influência negativa em certas pessoas (fator criminógeno); o uso da palavra (des)necessária e o silêncio da palavra necessária; a vocação tendenciosa e natural em prol da versão acusatória; a possível utilização, no âmbito do próprio processo penal, de categorias vagas, como a “garantia da ordem pública” para assegurar de modo “legítimo” a prisão de suspeitos e acusados, dentre outros.⁹¹

O clamor público, precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual – uma vez que não está presente entre os requisitos legitimadores da prisão preventiva contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal – não se qualifica como fator de legitimação da privação da liberdade do indiciado ou do réu.⁹²

3.1 CASO ISABELLA NARDONI

O caso aqui escolhido para análise fenômeno foi muito divulgado pelos meios de comunicação e ficou conhecido como caso Isabella Nardoni ou caso Nardoni. Desde logo, deve ficar claro que no presente estudo não se pretende, sob qualquer

⁹¹ ANDRADE, Fábio Martins. *Revista dos Tribunais*, Vol. 98, nº889, nov.2009, p. 481.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 80.379/SP, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 18/12/2000, DJ de 25/05/2001, p.11.

forma, adotar um posicionamento a favor ou contra a defesa ou a acusação dos réus deste caso. Ressalte-se que o interesse no caso é unicamente acadêmico visto que este crime foi amplamente divulgado, o que possibilitou um conhecimento em âmbito nacional.

O caso Nardoni diz respeito à morte da menina brasileira Isabella de Oliveira Nardoni que possuía 5 anos à época da ocorrência dos fatos. A vítima foi jogada do sexto andar do Edifício London, localizado no distrito de Vila Guilherme, em São Paulo, por seu pai Alexandre Nardoni e por sua madrasta Anna Carolina Jatobá, no dia 29 de março de 2008.

Os atos praticados naquele dia geraram grande repercussão nacional. Os autores foram condenados pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado: por ter cometido o ato usando de meio cruel (asfixia mecânica e sofrimento intenso), utilizando recurso que tornou impossível a defesa da ofendida (lançada inconsciente pela janela) e ainda tentado ocultar a prática de outro crime (esganadura e ferimentos praticados anteriormente contra a mesma vítima), tipificados no art. 121, parágrafo segundo, incisos III, IV e V do Código Penal⁹³.

No apartamento, que pertencia ao pai da vítima, moravam, além dele, a madrasta da menina e dois filhos do casal, um de onze meses e outro de três anos. A menina chegou a ser socorrida pelos bombeiros, mas não resistiu e morreu a caminho do hospital.

O pai de Isabella teria afirmado em depoimento que o prédio onde mora fora assaltado e a menina, teria sido jogada por um dos bandidos. Segundo divulgado pela imprensa ele teria dito que deixou sua mulher e os dois filhos do casal no carro e subiu para colocar Isabella, que já dormia, na cama. O pai da vítima teria descido para ajudar a carregar as outras duas crianças, de 3 anos e 11 meses, e, ao voltar ao apartamento, viu a tela cortada e a filha caída no gramado em frente ao prédio. Entre o momento de colocar a filha na cama e a volta ao quarto teriam se passado de 5 a 10 minutos, de acordo com o depoimento do pai.

⁹³ BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 16/09/2012.

Dias após, a investigação constatou que a tela de proteção da janela do apartamento foi cortada para que a menina fosse jogada e que havia marcas de sangue no quarto da criança.⁹⁴

Ainda durante a fase policial, no dia 2 de abril, no final da tarde, o Egrégio Tribunal do Júri do estado de São Paulo acatou o pedido de prisão temporária dos acusados. Ressalta-se que a referida prisão teria validade de 30 dias prorrogáveis por mais 30, caso fossem preenchidos os requisitos da prisão e o juiz verificasse a necessidade da manutenção da medida. Contudo, a prisão temporária dos suspeitos acabou sendo inicialmente fixada em 5 dias. O referido tribunal entendeu que a custódia cautelar se apresentava necessária, não apenas pelo fato de que a segregação da liberdade dos acusados pudesse dirimir as contradições entre as alegações fornecidas pelos acusados e as versões apresentadas pelas testemunhas ouvidas até o momento e outras que porventura pudessem vir a ser ouvidas durante as investigações, mas também pelo fato de ter considerado que havia indícios de que a cena do crime teria sido alterada, e ainda verificado que a vítima possuía lesões antes de ter sido jogada pela janela do prédio onde os acusados viviam, o que atenuava consideravelmente a credibilidade da versão apresentada por estes⁹⁵. Todavia, verificado que posteriormente o julgamento de mérito acabou ficando prejudicado por perda do objeto do recurso, tal julgamento acabou por ser revogado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, através de decisão liminar concedida em pedido de habeas corpus.⁹⁶

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Alexandre Alves Nardoni como incurso no artigo 121, parágrafo único, incisos II, IV e V combinados com o parágrafo quarto, parte final e artigo 13, parágrafo segundo, alínea “a” (com relação à asfixia) e artigo 347, parágrafo único, todos combinados com os artigos 61, inciso II, alínea “e”, segunda figura e 29, todos do Código Penal e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá como incurso no artigo 121, parágrafo único, ambos combinados com o artigo 29, todos do Código Penal, no dia 7 de maio de 2008. O Excelentíssimo Juiz de direito recebeu a denúncia nos termos em que foi oferecida pelo *parquet* no dia 08 de maio de 2008.

⁹⁴ *Caso Isabella Nardoni*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Isabella_Nardoni>. Acesso em 16 set. 2012.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença que pronunciou os acusados. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=010007J7O0000&processo.foro=1>>. Acesso em 15 abr. 2013.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença que pronunciou os acusados. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=010007J7O0000&processo.foro=1>>. Acesso em 15 abr. 2013.

Neste ponto processual, a repercussão e a gravidade gerada pelo andamento das circunstâncias do crime já causavam uma grande movimentação dos populares, amparados principalmente pelos veículos de comunicação, que difundiram amplamente o caso. Quanto maior é a repercussão que um caso provoca, principalmente em relação aos crimes dolosos contra a vida, maior se torna a responsabilidade da justiça em restaurar o *status quo* da confiança da sociedade.

Nas etapas subsequentes ao procedimento investigatório, o casal foi enquadrado na artilosa teia da “garantia da ordem pública”, conceito vago que aceita como uma luva tanto o suposto “clamor público”, como a defesa da “credibilidade da Justiça”, dentre outros.⁹⁷

Ao passo que a denúncia foi recebida pelo Excelentíssimo Juiz de Direito Maurício Fossen, este proferiu no mesmo documento a decretação da prisão preventiva dos acusados, acolhendo assim a representação formulada pela autoridade policial, que até o término do inquérito é parte legítima para formular pedido de prisão preventiva, como enuncia o artigo 311, do Código de Processo Penal. O pedido ainda contou com o parecer favorável do Ministério Público⁹⁸. Sendo fundamentado na existência da prova da materialidade do crime e indícios concretos de autoria em relação a ambos, além de considerar a segregação cautelar como sendo medida necessária à conveniência da instrução criminal. Por último, ficou pugnada a manutenção da ordem pública, que deveria restabelecer o equilíbrio social, a confiança e o prestígio depositado pela sociedade na justiça para que fossem tomadas as providências cabíveis para solução do caso, e que se não fosse feito poderia abalar essa relação.

Verifica-se, por conseguinte, que a decisão do magistrado seguiu a linha de raciocínio contida na manifestação do representante do Ministério público. Aqui, dois conceitos vagos e que permitem certo grau de subjetivismo foram utilizados, quais sejam: a conveniência da instrução criminal e a garantia da ordem pública.⁹⁹

A jurisprudência ampara-se regularmente na decretação da preventiva utilizando os requisitos mencionados anteriormente como podemos observar, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. FUNDAMENTOS

⁹⁷ ANDRADE, Fábio Martins. *Revista dos Tribunais*, Vol. 98, n^o889, nov.2009, p. 485.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença que pronunciou os acusados. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=010007J7O0000&processo.foro=1>>. Acesso em 15 abr. 2013.

⁹⁹ ANDRADE, Fábio Martins. *Revista dos Tribunais*, Vol. 98, n^o889, nov.2009, p. 485

DA PRISÃO PREVENTIVA. LEGITIMIDADE. PRISÃO POR GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS DO PACIENTE NÃO OBSTAM A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. WRIT DENEGADO. I – A prisão cautelar foi decretada para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal, ante a fuga empreendida, bem como pela necessidade de garantia da ordem pública, haja vista a periculosidade do paciente, verificada pela “pouca tolerância a desentendimentos e capacidade de resposta letal a situações de conflito cotidiano” II – As condições subjetivas favoráveis ao paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso concreto. III – Habeas corpus denegado.¹⁰⁰

Dando continuidade a análise, segue importante trecho da decisão do Excelentíssimo Juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“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 se 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 empregam 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**” (grifos nossos)¹⁰¹.

A partir da decisão exposta acima, pode-se concluir que que o juiz que decretou a preventiva admitiu como legítimo o clamor público. Mesmo tendo explanado que a mídia extrapolou seu legítimo direito de informar, o magistrado seguiu a linha de pensamento acusatória. Portanto, conclui-se que ao se posicionar desta maneira, o juiz

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 108091, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, processo eletrônico DJe-239 DIVULG 16/12/2011 PUBLIC 19/12/2011

¹⁰¹ Juiz aceita denúncia e manda prender casal Nardoni. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-mai-07/juiz_aceita_denuncia_manda_prender_casal_nardoni?pagina=4#paginas>. Acesso em 15 abr. 2013.

acabou amparando-se no legítimo clamor público para fundamentar sua decisão, sob o argumento de que aquele existe e não deve ser ignorado, ao invés de fixar-se na prioridade que deve ser dada à liberdade dos suspeitos e fazendo com que, desta forma, vigorasse o princípio do *in dubio pro societatis*.

Acatado o pedido, os mandados de prisão expedidos contra os réus foram cumpridos em 07 de maio de 2008. Registre-se que o conceito vago de “garantia da ordem pública” foi utilizado para fundamentar o pleito de prisão daqueles suspeitos, em vista da satisfação do binômio consistente na enorme repercussão social dos fatos e gravidade da infração.¹⁰²

De fato, a “garantia da ordem pública” deveria ser resguardada pelo Poder Judiciário em razão da “grande repercussão social”, ou seja, “o crime gerou inegável comoção e insegurança na sociedade brasileira”. Como se não bastasse, isto não é tudo, já que este sentimento popular generalizado já teria atravessado as continentais fronteiras do país.¹⁰³

Com o caso bastante difundido, nacional e internacionalmente, foi verificada grande indignação por parte da população, sendo a decretação da prisão preventiva alvo de diversos questionamentos, principalmente no que diz respeito à sua fundamentação. Diversos foram os comentários que baseavam a preventiva no clamor público gerado, por outro lado, houve grande pressão da população para que medidas contra os supostos praticantes daqueles atos cruéis fossem punidos.

O Colendo Supremo Tribunal Federal tem se manifestado de maneira concreta no sentido de que o estrépito público, isoladamente, não é apto a produzir a decretação da prisão preventiva.

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade

¹⁰² ANDRADE, Fábio Martins. *Revista dos Tribunais*, Vol. 98, n°889, nov.2009, p. 492

¹⁰³ ANDRADE, Fábio Martins. *Revista dos Tribunais*, Vol. 98, n°889, nov.2009, p. 483

da conduta, sem falar no proverbial “**clamor público**”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito.

2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao **clamor público**, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado.

3. Em matéria de prisão cautelar, a expressão “ordem pública”, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um *tertium genus*. Um conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso e por isso juridicamente protegido, mas que não se confunde mesmo com tal incolumidade. Mais que isso: cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na peculiar execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda-se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias.

4. Não há como desenlaçar a necessidade de preservação da ordem pública e o acautelamento do meio social. No mesmo passo em que o conceito de ordem pública se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, ele se liga umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social. Acautelamento que não se confunde com a mera satisfação de um sentimento generalizado de insegurança, senão com medidas de efetiva proteção de uma certa comunidade; ou seja, se a ambiência fática permite ao magistrado aferir que a liberdade de determinado indivíduo implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade, abre-se espaço para o manejo da prisão em prol da ordem pública. Insegurança objetiva, portanto, que direciona o juízo do magistrado para a concretude da realidade que o cerca. Não para um retórico ou especulativo apelo à indeterminação semântica daquilo que tradicionalmente se entende por “paz pública”.

5. No caso, a custódia preventiva do paciente não foi decretada tão-somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública, ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao

paciente. Trata-se de decisão que indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao *modus operandi* brutalmente incommum. Deveras, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade. 6. Ordem denegada.¹⁰⁴

Desde a decretação de sua prisão preventiva, em maio de 2008, o casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá teve 13 habeas corpus negados pela Justiça.

Apesar de a defesa ter questionado que os acusados possuíam bons antecedentes e que não possuíam *animus* de atrapalhar as investigações, não obtiveram sucesso no Tribunal de Justiça de São Paulo, no Superior Tribunal de Justiça e nem no Supremo Tribunal Federal.

Os três tribunais mantiveram a decisão do juiz Maurício Fossen, da 2ª Vara do Júri do Fórum de Santana, que aceitou a denúncia do Ministério Público e usou como um dos argumentos para determinar a prisão “a necessidade de preservação do prestígio da Justiça e o clamor público” que envolveu o caso. Ao manter a decisão de Fossen, o TJ-SP foi mais longe ao afirmar que “a Justiça Penal não pode ficar indiferente na prestação que lhe cobra o reclamo de toda uma Nação”.¹⁰⁵ Necessária é uma maior exposição do acórdão: “Trata-se de acontecimento que alcançou altíssima repercussão, até mesmo no âmbito internacional, não apenas em razão da hediondez absurda do delito, como pelo fato de envolver membros de uma mesma família de boa condição social, que teriam dado trágico fim à vida de uma doce menina de apenas cinco anos. Em razão de tudo isso, **revoltou-se a população** de toda uma cidade, que em manifestação coletiva quase de histerismo determinante até de interdições de ruas ou quarteirões, apenas não alcançou atingir fisicamente os pacientes porque oportunamente impedida pela eficiente atuação policial” (grifos nossos).¹⁰⁶

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 111244, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, processo eletrônico DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012

¹⁰⁵ MAIA, William. Justiça negou 13 habeas corpus ao casal Nardoni; prisão já dura quase dois anos. Disponível em

<<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/45781/justica+negou+13+habeas+corpus+ao+casal+nardoni+prisao+ja+dura+quase+dois+anos.shtml>>, acesso em 08 out. 2012.

¹⁰⁶ Juiz aceita denúncia e manda prender casal Nardoni. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-mai-07/juiz_aceita_denuncia_manda_prender_casal_nardoni?pagina=4#paginas>. Acesso em 15 abr. 2013.

A padronização do entendimento, não foi verificada no momento da justificção da manutenção da prisão preventiva, pelo contrário, parte dela foi feita com base naquilo que “cobra toda uma Nação”.

A prisão provisória que deveria servir para acalmar o “clamor popular” (ou o clamor do público) descrente na credibilidade da Justiça, passa a servir para proteger os acusados do “clamor popular” irado e que ameaça a sua integridade física (protegida pela eficiente atuação policial)!¹⁰⁷ Curioso é o fato de que o clamor público é utilizado duas vezes para dar explicações contraditórias, ou seja, o clamor público é utilizado como forma de justificar a prisão e como forma de proteger os acusados.

Em entrevista, o criminalista Alberto Zacharias Toron afirmou que essa prisão preventiva visou muito mais aplacar o clamor público que se ergueu diante dos fatos do que atender à real necessidade de proteção à ordem pública.¹⁰⁸

Após os trâmites legais, o juiz Maurício Fossen decidiu pela pronúncia dos acusados sendo estes levados a julgamento perante o Tribunal do Júri. O magistrado decidiu pela pronúncia citando como motivadores os efetivos indícios de autoria em relação aos acusados somados a irrefutável prova de materialidade do crime.

PRONÚNCIA - Fundamentação - Decisão que deve limitar-se apenas a apontar a prova da materialidade do fato e os indícios de autoria - Inadmissibilidade do exame aprofundado de provas. A pronúncia é decisão de natureza processual, em que o juiz proclama admissível a acusação e envia o réu para julgamento pelo Tribunal do Júri. Assim sendo, o juiz pronunciante não deve aprofundar-se no exame das provas, para não influir no ânimo dos jurados. Deve, antes, limitar-se a apontar a prova da materialidade do fato e os indícios de autoria, utilizando-se de linguagem comedida e sóbria.¹⁰⁹ (STJ - REsp. nº 93.552/PB - 5ª T. - Rel. Min. Edson Vidigal - J. 14.04.98 - DJU 18.05.98)

A decisão de pronúncia por se tratar de mero juízo de admissibilidade para acusação não deve conter manifestação mais exacerbada por parte do juiz que profere tal decisão, com o objetivo de não gerar maior influência em relação ao jurado. Contudo, verificada a grande exposição a qual é submetido um caso, inevitavelmente

¹⁰⁷ ANDRADE, Fábio Martins. *Revista dos Tribunais*, Vol. 98, nº889, nov.2009, p. 500

¹⁰⁸ MAIA, William. Justiça negou 13 habeas corpus ao casal Nardoni; prisão já dura quase dois anos. Disponível em

<<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/45781/justica+negou+13+habeas+corpus+ao+casal+nardoni+prisao+ja+dura+quase+dois+anos.shtml>>, acesso em 08 out. 2012.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp. nº 93.552/PB - 5ª T. - Rel. Min. Edson Vidigal - J. 14/04/98 - DJU 18/05/98.

chegará alguma influência na pessoa do jurado. Como acontece em uma cadeia de acontecimentos amplamente interligada, verificamos que os meios de comunicação ao aplicar uma ideia ou uma forma de pensar no meio social terminam por dar início a essa cadeia de acontecimentos. Fazendo uma divulgação maciça acerca daquilo que inicialmente pareceu ter acontecido, a mídia fomenta um desejo de justiça que por sua vez é refletida no juízo de valor do magistrado, resultando no surgimento do dever de resposta ao clamor público. Finalmente, no momento de se manifestar sobre a responsabilidade dos acusados em relação ao fato típico, o jurado tem a sua parcialidade totalmente comprometida, pois desde o momento da manutenção das prisões processuais foi verificada, inconscientemente, uma prevalência por determinada decisão, seja inocentando ou, como ocorre na maioria das vezes, condenando.

PRONÚNCIA - Requisitos - Certeza material do fato criminoso e indícios da autoria - Ocorrência - Decisão de caráter processual e não de mérito - Sentença mantida - Recurso não provido. Para a pronúncia basta a comprovação da materialidade do delito e, tão-somente, indícios, não prova cabal, e de autoria, pelo fato encerrar mero juízo de Admissibilidade da acusação e não da condenação.¹¹⁰

O efeito do clamor público acaba por deveras vezes não só influenciando o juiz leigo, como também o faz com o juiz togado. Na sentença que pronunciou o casal Nardoni no item “15.” Verificamos a ocorrência dessa influência que acaba inevitavelmente fortalecendo aquela que foi feita no jurado. O I. Desembargador Caio Eduardo Canguçu de Almeida, relator de um dos primeiros *habeas corpus* impetrados pelos réus, declarou que “a tese de negativa de autoria sustentada por eles, de tão genérica e baseada apenas em meras suposições, chegou a ser classificada como destituída de nenhum resquício de razoabilidade, tanto que envolveu diversas manifestações coletivas que chegaram a ponto de exigir até mesmo a interdição de ruas e instauração de verdadeiro aparato militar de contenção, quando do comparecimento dos mesmos ao Fórum para participarem de audiências, tamanho o número de populares e profissionais de imprensa que para cá acorreram, daí porque a manutenção de suas custódias cautelares se mostra necessária para a preservação da

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, RSE nº 224.311-3 - Santa Bárbara D'Oeste - 6ª Câmara Criminal de Julho/98 - Rel. Debatin Cardoso - J. 29.07.98 - v.u.

credibilidade e da respeitabilidade do Poder Judiciário, as quais ficariam extremamente abaladas caso, agora, quando já existe decisão formal pronunciando os acusados para serem submetidos a julgamento pelo Júri Popular, conceder-lhes o benefício de liberdade provisória, uma vez que permaneceram encarcerados durante toda a fase de instrução”.¹¹¹

Vejamos que o ilustre desembargador ampara e fundamenta a sua afirmação nas diversas manifestações coletivas, no aparato militar necessário para a contenção dos populares e profissionais da imprensa. Sendo este o motivo para a manutenção das custódias cautelares, no presente caso: preservação da credibilidade e da respeitabilidade do Judiciário. Afirmando ao fim a desnecessidade do benefício da liberdade provisória tendo em vista que ambos permaneceram encarcerados durante a fase de instrução inteira.

A manifestação da forma em que foi feita nos faz chegar a duas conclusões: O clamor público também influencia aqueles que devem julgar de forma imparcial, como também causa uma dupla influência na pessoa do jurado. Tal influência é dada de forma direta e indireta. Direta, porque o clamor público por si só já exerce esse papel. Indireta, porque também influencia o juiz togado que acaba por expressar alguma questão de mérito, favorecendo, como ocorreu no caso supra, um prévio juízo de culpabilidade, que finaliza prejudicando a defesa do acusado.

Desde o dia 07 de maio de 2008, os acusados são mantidos presos. Entretanto, há de ser questionado, se neste caso não teria sido ultrapassado o limite razoável da prisão preventiva, fato este, que porventura teria tornado o ato ilegal sendo cabível, confirmada a ilegalidade, o relaxamento da prisão. Esta tese foi exposta pela defesa dos acusados, sendo afastada pelo douto magistrado.

“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” conforme previsto no artigo 5º, inciso LXXVII da Constituição Federal. A jurisprudência vale-se, atualmente, do princípio da razoabilidade para determinar a soltura do acusado por excesso de prazo.¹¹² Assim já se manifestou a Suprema Corte, senão vejamos:

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença que pronunciou os acusados. Disponível em < <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=010007J7O0000&processo.foro=1>>. Acesso em 15 abr. 2013.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 9.ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 618.

“A turma deferiu *habeas corpus* em que condenando a cumprimento de pena em regime integralmente fechado [hoje suprimido do nosso ordenamento processual penal] pretendia o relaxamento de sua prisão, sob alegação de excesso de prazo, a fim de que pudesse aguardar, em liberdade, o julgamento da apelação por ele interposta. Na espécie, a interposição da apelação se dera em 21.08.2001, tendo sido suspenso seu julgamento, em virtude de seu pedido de vista. Considerou-se que o pedido de vista, apesar de legítimo, implicara novo retardamento no julgamento da apelação, e que essa demora sobrepujaria os juízos de razoabilidade, sobretudo porque o paciente já se encontrava preso há mais de 5 anos e 4 meses. Precedentes citados HC 84.921-SP (DJU 11.03.2005) e HC 84.539 MC-QO/SP (DJU 14.10.2005)”¹¹³ HC 88.560-SP, rel. Sepúlveda Pertence, 08.08.2006, *Informativo* 435.

A justiça não foi feita com o objetivo de dar satisfação ao público, e sim de julgar de forma imparcial.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 88.560-SP, rel. Sepúlveda Pertence, 08.08.2006, *Informativo* 435.

CONCLUSÃO

Após ser desenvolvido o estudo sobre o tema prisões – aí incluindo as prisões em flagrante, cautelares, domiciliar, temporária e, em especial, a prisão preventiva – chegou-se a seguinte constatação: o clamor público não é um dos requisitos legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro e nem é aceito como forma legítima para justificar a decretação ou a manutenção da prisão preventiva. Apesar disso, o clamor público foi um critério aceito, na prática – ainda pela via transversa de uma pretensa manutenção da ordem pública – no caso concreto estudado, ou seja, no caso da prisão e da manutenção da prisão dos acusados pelo assassinato da menina Isabela Nardoni.

Verificou-se que o Código de Processo Penal, ao trazer a expressão ordem pública, deixou um campo amplamente subjetivo para sua aplicação. Este fato tem possibilitado aos magistrados, – tendo em vista a diversidade do que pode ser aceito como fator preponderante para a proteção da ordem pública – as mais diversas conclusões quanto ao que pode ser considerado como relevante ou não para que seja decretada ou mantida a prisão preventiva sob aquele fundamento.

Assim, sob o argumento de manutenção da ordem pública, que é uma das circunstâncias que autoriza a decretação ou a manutenção da prisão preventiva, acabamos por ver acrescido, de modo disfarçado, outro termo de igual subjetividade: o clamor público. Ressalte-se que este último, diversamente da ordem pública, não possui amparo legal e nem mesmo é legitimado na jurisprudência, mas foi visivelmente aplicado no caso concreto estudado.

O que também se pode observar é que, como consequência da ampla divulgação pela mídia e da grande repercussão alcançada na sociedade, o caso estudado provocou um sentimento de revolta generalizado que provavelmente acabou por gerar a exigência diferenciada do cumprimento das finalidades da pena. Deste modo, a finalidade central das medidas cautelares – medidas extraordinárias – que é a garantia do bom andamento do processo, foi utilizada de modo banal, que pode ter até mesmo, a rigor, ter ferido direitos e garantias de isonomia que devem estar presentes num Estado de Direito.

A utilização do clamor público como vertente da ordem pública ou até mesmo como espécie de circunstância autorizadora da decretação ou manutenção da prisão preventiva não deve proceder pelos seguintes motivos: primeiro, sob o aspecto

positivista, este fundamento não está elencado no rol do artigo 312 do Código de Processo Penal; segundo, considerando aspectos geográficos, sociais e econômicos, estamos em um país com amplas dimensões geográficas, que possui significativas desigualdades sociais e econômicas na população, o que torna muito provável uma frequente ocorrência de casos ainda mais chocantes, cruéis ou absurdos do que este apresentado, cuja divulgação, por quaisquer motivos, não foi realizada ou ficou prejudicada. Neste contexto, os autores poderão ter suas penas abrandadas ou mesmo ter seus julgamentos conduzidos com maior imparcialidade pela simples diferença da ausência da ocorrência do clamor público. Assim, poderão existir julgamentos diferenciados por fatores externos ao ilícito tipificado, o que fere os consagrados princípios da igualdade e da legalidade no Direito Penal. O poder público deve tratar a todos de maneira isonômica e não é cabível a diferenciação no momento do julgamento amparado em uma maior ou menor divulgação midiática, nem mesmo em uma maior ou menor pressão populacional.

Considerando ainda, que a nova redação trazida pela Lei n.º 12.304/2011 para o *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal contém uma cláusula geral, ou seja, não define o que deve ser entendido como ordem pública, se faz necessária uma maior atenção por parte dos tribunais superiores por meio dos diversos instrumentos que veiculam a jurisprudência, sejam eles súmulas ou súmulas vinculantes, não apenas na definição dos parâmetros que guiam o magistrado no momento de sua fundamentação baseando-se na ordem pública como também na exclusão de aspectos que caracterizam o clamor público, ainda que de forma escamoteada. A atenção especial dos Tribunais se mostra necessária porque hoje o tratamento do assunto é feito de forma jurisprudencial e doutrinária e um tratamento legal foge as instâncias jurisdicionais ora consideradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Martins. *Revista dos Tribunais*, Vol. 98, nº889, nov.2009, p. 481.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Edipro, 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Reforma do Código de Processo Penal: Comentários à lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *A natureza da prisão preventiva: Instrumentalidade Processual e Cautelaridade*, In: *Revista síntese de direito penal e processual penal*, v. 6, n. 31, p. 45-51, abr./maio 2005.

FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão Temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. “Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar”. São Paulo: RCS, 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. Niterói: Editora Impetus, 2011.

_____. *Manual de Processo Penal, vol. I*. Niterói: Editora Impetus, 2011.

MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: De acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual pena*, Campinas: Millennium, 2009, v.IV

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal Revista e atualizada por FABBRINI, Renato Bascimento. 18.ed.* São Paulo: Atlas, 2005.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. Herbert Wüntzel Henrich. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal, 9.ed. ver., atual. E ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio, *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PÂNGARO, Emerson Luís de Araújo. *A prisão preventiva: pressupostos e diferenças das demais prisões cautelares*. In: *Ciência Jurídica*, v. 24, n. 153, p. 266-286, maio/jun. 2010.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. *Processo penal*. vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FERREIRA DOS SANTOS, Otávio Luiz Rocha. *Prisão Temporária*. Disponível em <http://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/523272/prisao-temporaria>. Acesso em 14 jun. 2012.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Prisão Provisória Domiciliar*. Disponível em <http://blogdoalbertojorge.blogspot.com.br/2011/07/prisao-provisoria-domiciliar.html>. Acesso em 15 jun. 2012.

MAIA, William. *Justiça negou 13 habeas corpus ao casal Nardoni; prisão já dura quase dois anos*. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/45781/justica+negou+13+habeas+corpus+ao+casal+nardoni+prisao+ja+dura+quase+dois+anos.shtml>, acesso em 08 out. 2012.

MENDES, Gilmar. *É preciso repensar o modelo cautelar no processo penal*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-fev-09/observatorio-constitucional-abuso-prisoes-provisorias-pais>. Acesso em 27 fev. 2013.

Caso Isabella Nardoni. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Isabella_Nardoni. Acesso em 16 set. 2012.

Juiz aceita denúncia e manda prender casal Nardoni. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-mai-07/juiz_aceita_denuncia_manda_prender_casal_nardoni?pagina=4#paginas. Acesso em 15 abr. 2013.

BRASIL. Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm >. Acesso em 15 abr. 2013.

_____. Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 16/09/2012.

_____. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17492.htm>. Acesso em 15 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, HC 0001790-68.2010.8.19.0000-RJ, 1.^a C.C., rel. Marcos Basílio, 25.02.2010, v.u.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo, RSE nº 224.311-3 - Santa Bárbara D'Oeste - 6ª Câmara Criminal de Julho/98 - Rel. Debatin Cardoso - J. 29.07.98 - v.u.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença que pronunciou os acusados. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=010007J7O0000&processo.foro=1>>. Acesso em 15 abr. 2013.

_____. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B1624D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>, acesso em 17 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 139.826-PE, 6ª T., rel. Og Fernandes, 04.03.2010, v.u..

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 98.821/CE, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 9-3-2010, *DJe* de 16/4/2010.

_____. Art. 24 do Código de Ética da Magistratura – 6 agosto de 2008. Artigo 24. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em 15 abr./2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 120.121/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 3/9/2009, *DJe* 21/09/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 92.735, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 8.9.2009, *DJe* 191, divulgado em 8/10/2009, publicado em 9/10/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 6.915/CE, 6ª T., j. 14-4-1998, rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* de 1-6-1998, RT 755/572. *No mesmo sentido*: STJ, 6ª Turma, RHC nº 21.989/CE, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 06/12/2007, *DJ* 19/12/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 212.472/MT, 5ª T., rel. Min. Marilza Maynard, j. 26-02-2013, *DJe* de 04-03-2013

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 238.682 / RS, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 05-02-2013, *DJe* de 15-02-2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 189194 / ES, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 18-12-2012, *DJe* de 01-02-2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, RHC 34887 / PE, 5ª T., rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), j. 21-02-2013, *DJe* de 27-02-2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 164491 / SP, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07-02-2013, *DJe* de 22-02-2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 33669 / RO, 5ª T., rel. Min. Jorge Scartezini, j. 25-05-2004, *DJ* de 01-07-2004, p. 238.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 91.016, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 13.11.2007, *DJe* de 9.5.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 102.460, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 23.11.2010, *DJe* 028, divulgado em 10.2.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1285631 / SP, 5ª T., rel. Min. , j. 19-02-2013. *DJe* 28-02-2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 212472 / MT, 5ª T., rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), j. 26-02-2013, *DJe* 04-03-2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 93.296, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 20.4.2010, *DJe* 110, divulgado em 17.6.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 101.981, Rel. Min. Dias Toffoni, Primeira Turma, julgado em 17.8.2010, *DJe* 209, divulgado em 28.10.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 197162 / MG, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14/02/2012, *DJe* 07/03/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 80.379/SP, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 18/12/2000, *DJ* de 25/05/2001, p.11.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 108091, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, processo eletrônico DJe-239 Divulgado em 16/12/2011 Publicado em 19/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 111244, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, processo eletrônico DJe-124 Divulgado em 25-06-2012. Publicado em 26-06-2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp. nº 93.552/PB - 5ª T. - Rel. Min. Edson Vidigal - J. 14/04/98 - DJU 18/05/98.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 88.560-SP, rel. Sepúlveda Pertence, 08.08.2006, *Informativo* 435.