



## A ILEGALIDADE DO CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

### THE ILLEGALITY OF THE PUBLIC OUTCRY IN SUPPORT OF THE CUSTODY

Artur Baptistella da Rosa<sup>1</sup>  
Bernardo de Melo Rodrigues<sup>2</sup>  
Aline Antunes Gomes<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho traz uma discussão acerca de um equívoco praticado no âmbito do direito processual penal, sobretudo na prisão preventiva, que é uma medida extrema, que deve ser aplicada apenas em última hipótese, observando-se os requisitos e as condições de admissibilidade legais. Portanto, foram abordadas, por meio de uma análise conceitual, as diferenças entre clamor público ou social e ordem pública, bem como se buscou fazer um exame do entendimento doutrinário e jurisprudencial, de forma a despertar o interesse do acadêmico de direito no que toca à ilegalidade oriunda do equívoco praticado pelo julgador. Por se tratar de uma pesquisa qualitativa, de caráter bibliográfico, foi utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo e como método de procedimento o comparativo.

**Palavras-chave:** Clamor Social. Ordem Pública. Prisão Preventiva. Processo Penal.

**ABSTRACT:** The present work brings a discussion about a misconception practiced under the criminal procedural law, particularly in pre-trial detention, which is an extreme measure, which should be applied only in last chance, observing the requirements and conditions for legal admissibility. So, were addressed through a conceptual analysis, the differences between public outcry or social and public order, as well as if a physical understanding sought doctrinal and jurisprudence in order to arouse the interest of the academic of law regarding illegality arising out of misunderstanding the judge. Because it is a qualitative research, bibliographic character, was used as a method of the hypothetical-deductive approach and as the comparative procedure method.

**Key-words:** Social cry. Public order. Preventive prison. Criminal proceedings.

### INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> Autor do resumo. Acadêmico do 7º semestre do Curso de Direito, Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. E-mail: artur.bapt.rosa@gmail.com

<sup>2</sup> Autor do resumo. Acadêmico do 7º semestre do Curso de Direito, Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. E-mail: bernardomelo95@hotmail.com

<sup>3</sup> Orientadora da pesquisa. Mestre em Direitos Humanos. Advogada. Professora do curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. E-mail: algomes@unicruz.edu.br



A prisão preventiva é modalidade de prisão processual com natureza cautelar prevista no Código de Processo Penal brasileiro e aplicada quando presentes os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade legais elencados nos artigos 312 e 313 do CPP. Sempre que presentes os requisitos supraditos, é facultado ao magistrado decretá-la mediante representação da autoridade policial, requerimento das partes ou de ofício. Ocorre que embora esteja consolidado na doutrina e na jurisprudência, determinadas decisões atenuam a credibilidade da garantia do processo penal, tendo em vista o uso do elemento clamor social como fundamento à decretação da prisão preventiva, sobretudo quando confundido com o fundamento ordem pública. Neste sentido, é de grande relevância ao acadêmico, futuro operador do direito, entender a divergência entre ordem e clamor público, bem como conhecer a ilegalidade da decisão fundamentada com esteio neste último, a fim de evitar futuros equívocos e arbitrariedades a serem praticadas pelos magistrados, e de tal forma contribuir para a estabilidade e segurança do processo penal brasileiro.

Em razão do contexto apresentado, o presente resumo visa abordar a diferença entre os temas em comentário, ou seja, clamor público ou social e ordem pública, esta última elencada no Decreto-Lei 3.689/41, assim como o conceito de ambos e o entendimento doutrinário e jurisprudencial, bem como despertar o interesse do acadêmico de direito no que toca à ilegalidade oriunda do equívoco praticado pelo julgador.

Ressalta-se, por fim, que se trata de uma pesquisa qualitativa, de caráter bibliográfico, em que utilizou-se como do método de abordagem o hipotético-dedutivo e como método de procedimento o comparativo. Além disso, se enquadra na linha de pesquisa Controle Social, Segurança Cidadã e Justiça Criminal, da área de concentração Cidadania, Políticas Públicas e Diálogo entre Culturas Jurídicas, vinculada ao Curso de Direito da FADISMA.

## **A PRISÃO PREVENTIVA E OS SEUS REQUISITOS**

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória com natureza cautelar, que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, desde que antes do trânsito em julgado da sentença. No entanto, merece aplicação somente em último caso, ou seja, de forma excepcional e quando não for possível outra



medida menos invasiva, como, por exemplo, nos casos previstos no artigo 319 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2015).

Além disso, pode ser decretada pelo magistrado quando o autor do delito for preso em flagrante mediante representação policial. Outrossim, na ausência da prisão em flagrante, é lícita a prisão preventiva quando as circunstâncias do caso concreto demonstrarem necessidade, bem como quando o acusado descumprir, de forma injustificada, outra medida cautelar diversa (REIS E GONÇALVES, 2015).

Tal modalidade de prisão cautelar não deve ser decretada diante da inexistência de indícios suficientes de autoria e materialidade do crime (*fumus comissi delicti*), bem como dos fundamentos legais (*periculum libertatis*) e das condições de admissibilidade previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal (REIS E GONÇALVES, 2015).

Os fundamentos apontados anteriormente (*periculum libertatis*) encontram-se elencados no artigo 312, *caput* e parágrafo único do Código de Processo Penal da seguinte forma:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Com relação à garantia da ordem pública, Mirabete (2000) a conceitua como elemento que objetiva salvaguardar a sociedade da prática de novos delitos por parte do acusado, sobretudo pelo grau de periculosidade da conduta praticada. Ocorre que em determinadas decisões, há inobservância do rol elencado no artigo 312 do Código de Processo Penal e, equivocadamente, fundamenta-se a prisão preventiva com base no clamor público ou social, sobretudo pela confusão ocasionada pela abrangência e flexibilidade do conceito de ordem pública.

Neste sentido, Aury Lopes Junior (2014, p. 607-608) ressalta que:

Garantia da ordem pública: por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante (...). Nessa linha é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de



“clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”.

Entretanto, é defeso a prisão preventiva com baliza no simples clamor social, haja vista que trata-se apenas de uma alteração emocional da população em decorrência da prática de um delito cruel. O descrédito pela demora na prestação jurisdicional e a sensação de impunidade não podem servir de justificativa para a prisão preventiva (CAPEZ, 2015). Em contrapartida, é notório que ao afetar a ordem pública o acusado fragiliza a credibilidade do judiciário perante a sociedade, motivo pelo qual a situação é considerada uma justificativa legítima para a decretação da prisão preventiva (NUCCI, 2014).

É necessário ressaltar, também, que embora a ordem pública tenha como escopo assegurar a proteção sobre bens juridicamente tutelados e dar resposta a crimes cometidos contra pessoas indefesas, delitos praticados com violência desmedida ou excesso de crueldade, difere do clamor público, pois este revela-se pela repulsa social em decorrência da violação da ordem pública. Nesta situação, tende-se a um caráter de vingança (GRECO FILHO, 2012). Entretanto, ao ser confundida com clamor público, a ordem pública sujeita-se à manipulação pelos meios de comunicação (JUNIOR, 2014) e, tendo em vista que o julgador toma conhecimento de determinados fatos cotidianos por meio dos órgãos de comunicação, deve ter bom senso para distinguir quando há alarde social indevido (NUCCI, 2014), assim como deve ter cuidado com decisões proferidas mediante pressão social da sociedade por uma resposta rápida do poder público.

Nesse sentido e em compatibilidade com a doutrina majoritária, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que ao julgar o Habeas Corpus nº 7004103622 assentou a impossibilidade do clamor público como fundamento ensejador da prisão preventiva.

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ATROPELAMENTO DE CICLISTAS. PRISÃO PREVENTIVA. 1. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. Utilização da conveniência da instrução criminal como fundamento para prisão cautelar que decorre da necessidade da proteção das fontes de prova, a qual não se mostra presente no caso concreto. Paciente que se apresentou espontaneamente para prestar esclarecimentos sobre os fatos, inclusive admitindo a autoria delitiva e confirmando que deixara seu automóvel em local diverso propositalmente, mas com o intuito de proteger-se. Assim, ausente qualquer indicação concreta que o paciente em liberdade ameaçaria testemunhas ou vítimas, bem como destruisse provas, não há como



motivar a prisão cautelar com base na conveniência da instrução criminal. **2. CLAMOR PÚBLICO. 2.1. Jurisprudência pacífica nos tribunais superiores de que inadmissível a fundamentação de prisão cautelar com base na comoção social causada pela gravidade do delito. 2.2. Inviável, no caso concreto, valer-se da grande repercussão social do fato na mídia, internet, ou pela indignação social ante as imagens veiculadas do momento do atropelamento dos ciclistas.** Tal fundamentação equivaleria a nítida antecipação de pena, violando os princípios do devido processo legal, presunção da inocência e da imparcialidade do julgador. 2.3. Fundamento que não tendo sido utilizado no decreto prisional não poderia ser acrescentado nesta instância recursal. 3. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RISCO DE FUGA. AUSÊNCIA DE INDICATIVOS CONCRETOS. Decreto prisional que fundamentou a existência de risco de fuga do paciente essencialmente porque este teria pedido transferência no trabalho para cidade do Estado de Pernambuco. Não obstante, verifica-se dos autos que o paciente, servidor **público** do Banco Central do Brasil, solicitara e obtivera a mencionada transferência em data anterior ao fato, de modo que incabível a utilização de tal argumentação para embasar sua prisão, pois sequer poderia prever a ocorrência dos fatos. Circunstâncias pessoais do paciente que contraindicam o risco concreto de fuga, visto que é servidor **público**, possuindo residência fixa e vínculo familiar. **CONCEDERAM A ORDEM. UNÂNIME. BRASIL (TJ/RS, 2011).**

Do mesmo modo, ao julgar o habeas corpus nº 101621, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado. 3. Prisão preventiva. Decreto que, a título de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal, baseia-se no clamor público causado pela gravidade do fato. Inadmissibilidade. 4. A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, não bastando aludir-se a qualquer das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Constrangimento ilegal configurado. 6. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar (STF, 2010).

Neste sentido, verifica-se que embora o caráter polêmico do tema e a peculiaridade de cada caso concreto, a concepção doutrinária e jurisprudencial é unilateral, atribuindo caráter ilegal à prisão preventiva decretada sob a égide do clamor público ou social.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista a relevância do tema aventado, entende-se que os fundamentos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, principalmente o da ordem pública, devem ser observados minuciosamente pelo juiz “*a quo*” no momento em que profere a





LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Forense, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.