

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NA DECRETAÇÃO
DA PRISÃO PREVENTIVA

CURITIBA

2004

IVANA OSTAPIV RIGAILO

O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NA DECRETAÇÃO
DA PRISÃO PREVENTIVA

Monografia apresentada para a obtenção do
título de Especialista em Direito Penal e
Criminologia pelo ICPC – Instituto de
Criminologia e Política Criminal, em convênio
com a UFPR – Universidade Federal do Paraná.

CURITIBA

2004

Sumário

Introdução 01

1. A prisão e suas modalidades no Direito Brasileiro 02

2. A prisão preventiva e sua evolução dentro do sistema processual penal brasileiro 03

3. Os requisitos da prisão preventiva segundo o art. 312 do Código de Processo Penal 05

4. A prisão e sua função no processo penal 08

5. A conceituação doutrinária de garantia da ordem pública como requisito da prisão preventiva 13

6. As influências da mídia na conceituação de garantia da ordem pública 20

7. O conceito de ordem pública segundo a jurisprudência brasileira 35

8. A prisão preventiva avaliada pela Criminologia 39

Considerações finais 47

Referências 49

“...Por favor, estranhem o que normalmente não é estranho,
não aceitem o que já se tornou habitual!
Procurem o remédio!
Procurem uma saída!
Procurem uma mudança!
E nunca sigam a regra,
pois do jeito que está, está muito mal.”
Bertold Brecht

Introdução

A prisão dentro do Direito Penal é questionada há muito tempo, discutindo-se sua finalidade, sua função e sua validade. Dentro do processo penal, a prisão surge antes da existência de uma sentença condenatória, ou seja, antes da culpa estar formada, e caracteriza-se como uma medida cautelar, que busca assegurar o provimento final do processo que é a aplicação da pena.

No processo penal brasileiro a prisão preventiva existe desde o início de nossa produção legislativa, sendo atualmente disciplinada principalmente pelo art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Como a regra dentro do Estado Democrático de direito é o respeito à liberdade individual, a prisão preventiva representa uma limitação a este direito e também a outros antes de se ter a certeza da condenação criminal, razão pela qual somente se justifica em situações extremas e quando sua necessidade faz-se incontestável.

A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública é que compõe o objeto de preocupação deste trabalho, e o que se procura demonstrar é a fluidez de tal conceito e a influência da mídia na formação do mesmo. A ordem pública representa um ideal de paz pública que é introduzido pelos meios de comunicação em massa como sendo o oposto da realidade violenta e caótica que se vivencia. Neste meio é que surgem conceitos como clamor público, presunção de reincidência, gravidade do delito e credibilidade da justiça como fundamentos de um conceito de ordem pública.

Se pretende aqui apurar até que ponto a mídia influencia na formação da opinião pública para ensejar a decretação de uma prisão preventiva, demonstrando-se ainda a imprecisão do conceito de ordem pública na doutrina e na jurisprudência nacional, além de submeter o instituto da prisão preventiva a uma análise criminológica.

1. A prisão e suas modalidades no Direito Brasileiro

A prisão segundo o entendimento de Thomas Hobbes em sua obra *Leviatã*, citado por Ana MESSUTI¹, “é toda limitação do movimento causado por um obstáculo externo”. Por tal ampla definição, segue a autora referindo-se a Hobbes, “se compreende não só a prisão propriamente dita, mas também a deportação ou exílio, as galés, as pedreiras e minas, ou simplesmente os grilhões.”

Tratando da prisão em sentido mais restrito, tem-se que a prisão é a privação da liberdade de locomoção, é a segregação de um ser humano a um local onde outros direitos além da liberdade de locomoção lhe são tolhidos e cerceados, formalmente com fundamento na lei.

Segundo TOURINHO FILHO² “prisão é a privação da liberdade individual mediante clausura”, o que nos confere a conceituação de que a prisão é a segregação da pessoa ao cárcere. Para Bento de Faria, citado por Liberato PÓVOA e Marco VILLAS BOAS³, “prisão é o ato pelo qual é alguém privado da liberdade pessoal por motivo legítimo ou em virtude de ordem legal.”

No sistema processual penal brasileiro existem várias espécies de prisão, que são promovidas em fases diversas do processo penal e com finalidades processuais também diversas, mas todas apontando e buscando garantir o fim principal que é a pena.

Segundo Fernando CAPEZ⁴ as espécies de prisão são a prisão-pena, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impõe pena privativa de liberdade; prisão processual, provisória ou cautelar, que ocorre antes da prisão pena; prisão civil, decretada em casos de devedor de alimentos e depositário infiel; prisão disciplinar para os casos de transgressões e crimes militares. TOURINHO FILHO⁵ limita em duas modalidades de prisão, quais sejam, a resultante de sentença penal condenatória irrecorrível e a que não resulta de sentença penal condenatória irrecorrível, denominando a primeira de prisão-pena e as demais em prisão provisória ou cautelar.

¹ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 455.

³ LIBERATO, Póvoa e VILLAS BOAS, Marco. **Prisão Temporária**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1996. p. 18.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 211.

2. A prisão preventiva e sua evolução dentro do sistema processual penal brasileiro

No início “a prisão era utilizada tão-somente como forma instrumentária de manutenção do acusado no distrito da culpa, a fim de assegurar a tramitação do processo e posterior aplicação das sanções definitivas, que quase sempre eram muito desumanas, como o açoite, o arrastamento, a morte, a empalação e outras. De modo que, na sua origem mais remota a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental”.⁶

No Brasil consta na Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LXI que *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*, além de haver outras garantias expressas sobre a prisão em si dentro do Estado Brasileiro. Estas garantias foram sendo talhadas na história brasileira desde o descobrimento e a colonização, sendo que representam a própria evolução da sociedade humana, que com o passar dos tempos foi experimentando novas formas de convivência social.

A história da prisão no Brasil está intrínseca com a história de nossa colonização, visto que nos idos de 1500 nossa terra era destino de degredados de Portugal⁷, situação esta que somente foi proibida em 28 de março de 1722, segundo lição de Eugenio Raul ZAFFARONI e Nilo BATISTA⁸. O histórico da legislação que teve vigência no Brasil inicia-se na época do descobrimento com as Ordenações Afonsinas (1447-1521), segue com as Ordenações Manoelinas (1521-1603) e finda o período colonial com as Ordenações Filipinas (1603-1830)⁹. Após a independência do Brasil, as Ordenações Filipinas vieram a ser confirmadas pela Assembléia Constituinte do Brasil no ano de 1823.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.* p. 455.

⁶ LEÃO, Paulo Roberto Dantas de. **Algumas considerações sobre as espécies de prisões provisórias no ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.neofito.com.br>. Acessado em 30 de junho de 2004.

⁷ “Um alvará de D. João III, em 1536, impunha aos ‘moços vadios de Lisboa’ que reincidissem em ‘furtar bolsas’ o degredo para o Brasil”. BATISTA, Nilo. **Os sistemas penais brasileiros**. In Verso e Reverso do Controle Penal. Org. Vera Regina Pereira de Andrade. Vol. 1. Florianópolis: Boiteux, 2002. p. 149.

⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 411, 423.

⁹ “As Ordenações, por ora Manuelinas e a partir do início do século XVII Filipinas, são apenas um pano de fundo para um exercício pouco regulamentado, e às vezes desregulamentado, do poder punitivo. Aos donatários delegava o rei poder punitivo.” BATISTA, Nilo. *Ob. Cit.* p. 150.

Neste período, segundo ensina Basileu Garcia, citado por Liberato PÓVOA e Marco VILLAS BOAS¹⁰, através de um Decreto datado de 23 de maio de 1821 o Príncipe Regente buscando disciplinar a prisão que até aquele momento era ato privado e sem culpa formada, estabeleceu que *“para impunemente conservar presos homens que na sociedade deviam gozar dos bens que ela promete e o primeiro dos quais é, sem dúvida, a segurança individual, ordeno que nenhuma pessoa livre no Brasil pode jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, salvo do caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente”*.

Em seguida, no ano de 1824 a Constituição do Império ratificou tal disposição mais garantista, buscando extirpar a vingança privada, tendo ainda estabelecido a prisão provisória somente mediante ordem escrita de juiz¹¹. Através de Decreto da Assembléia Geral de 30 de agosto de 1828, assentou-se que só se podiam prender-se, sem culpa formada, os que se achassem em flagrante delito (art. 1.º, §1.º), mais os indiciados em crimes que a lei impuser pena de morte natural, prisão perpétua ou galés por toda a vida ou temporariamente (art. 1.º, §2.º), neste último caso, com ordem por escrito do juiz competente.¹²

Seguiu-se posteriormente o Código Criminal de 1830 que regulou a prisão nos seus artigos 181 a 190, o Código de Processo de 1832 que regulamentava as formalidades da prisão nos seus artigos 131 a 175, tendo admitido a prisão provisória sem formação de culpa para crimes inafiançáveis¹³. Em 1871 a Lei 2.033 trouxe alterações como a determinação de que a prisão preventiva não caberia se

¹⁰ LIBERATO, Póvoa e VILLAS BOAS, Marco. *Op. Cit.* p. 20.

¹¹ Art. 179, §8º da Constituição Imperial de 25 de março de 1824: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e, nestes, dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidade, vilas ou outras povoações próximas dos lugares da residência do juiz; e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e o das testemunhas, havendo-as.” §9.º “Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admite; e, em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto.” §10 “À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido, serão punidos com as penas que a lei determinar.”

¹² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Ob. Cit.* P. 125, nota 10.

¹³ Art. 175: “Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os demais casos, à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita de autoridade legítima.”

decorrido um ano da data do crime¹⁴. No ano de 1890 o Código Penal da República também tratou do tema nos artigos 181 a 183, 207 e 210 e no ano de 1940 foi a vez do Código Penal que foi reformado somente no ano de 1984 pela Lei 7.209. No atual Código de Processo Penal, datado de 03 de outubro de 1941, a prisão é tratada prioritariamente nos artigos 282 a 320, tendo recebido reformas pontuais ao longo dos anos. A prisão preventiva no Código de Processo Penal de 1941 é tratada no art. 312 e até o advento da Lei Aniz Badra, era obrigatoriamente aplicada aos crimes punidos com pena cominada, no grau máximo, acima de 10 anos de reclusão. Atualmente a decretação da prisão preventiva é faculdade do juiz, fazendo-se necessária a presença de alguns pressupostos e requisitos.

3. Os requisitos da prisão preventiva segundo o art. 312 do Código de Processo Penal

A prisão preventiva representa a rainha das modalidades de prisão cautelar, sendo adotada quando presentes os requisitos legais, dispostos na legislação processual brasileira no art. 312 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689/41) e funcionando ainda de fundamento para avaliação das demais modalidades de prisão cautelar.

O autor José Lisboa da Gama MALCHER¹⁵ conceitua prisão preventiva como “uma medida cautelar social de natureza processual, em que se sacrifica a liberdade individual do indiciado ou do acusado, para atender a necessidades superiores do interesse do processo e da sociedade”. Segundo referido conceito, a prisão preventiva despreza os interesses individuais em prol dos interesses coletivos, quando se fizer necessária a segregação do indivíduo. Segue o autor falando que a

¹⁴ Art. 13, Lei 2.033 de 20 de setembro de 1871: “§2.º À exceção de flagrante delito, a prisão antes da culpa formada só pode ter lugar nos crimes inafiançáveis, por mandado escrito do juiz competente para a formação da culpa ou à sua requisição; neste caso, precederá ao mandado ou à requisição, declaração de duas testemunhas, que jurem de ciência própria, ou prova documental de que resultem veementes indícios contra o acusado ou declaração deste confessando o crime. §3.º A falta, porém, do mandado da autoridade formadora da culpa, na ocasião, não inibirá a autoridade policial ou o juiz de paz de ordenar a prisão do indiciado em crime inafiançável quando encontrado, de ordenar a prisão do indiciado em crime inafiançável, quando encontrado, se para isso houver requisição da autoridade competente, ou se for notória a expedição de ordem regular para a captura; devendo, porém, imediatamente, ser levado preso à presença da competente autoridade judiciária para dele dispor. §4.º Não terá lugar a prisão preventiva do culpado se houver decorrido um ano depois da data do crime.”

prisão preventiva representa “a necessidade de acautelar a administração da Justiça” e que a mesma se manifesta como “meio de segurança, como medida de garantia da execução da pena ou como meio de garantia da instrução do processo”.

A prisão preventiva somente se justifica no processo ante clara e premente necessidade, eis que deve sempre ser tida como medida excepcional, visto que a liberdade individual é a regra garantida na Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, *caput*). Como bem exclama Fernando da Costa TOURINHO FILHO¹⁶ quando fala da prisão preventiva:

“Toda e qualquer prisão que antecede a um decreto condenatório com trânsito em julgado é medida odiosa, porque somente a sentença com trânsito em julgado é a legítima fonte para restringir a liberdade individual a título de pena. (...) Não se pode, sob pena de resvalar-se para o arbítrio e prepotência, presumir que os fins do processo não serão alcançados sem a prisão do réu. Por outro lado, sua maior ou menor periculosidade não pode exercer qualquer influência no campo da prisão provisória”.

Para a decretação da prisão preventiva há que estar presentes duas condições e pelo menos um dos requisitos dispostos na lei (hipóteses de cabimento). As condições são a prova da materialidade do fato punível e indícios suficientes da autoria do mesmo. Os requisitos são garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal.

O autor José Lisboa da Gama MALCHER¹⁷ refere que a prisão preventiva tem três pressupostos, “a prova da materialidade do fato, indícios suficientes e autoria e a necessidade”. Dentro do pressuposto da necessidade da decretação da prisão preventiva é que se situam as suas finalidades, quais sejam, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. O autor refere ainda a existência de limites para a decretação da prisão preventiva, sendo possível somente em crimes dolosos punidos com reclusão, nos crimes punidos com detenção quando o acusado for vadio ou houver dúvidas sobre sua identidade e ele não as esclarecer e se o acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso com trânsito em julgado.

Segundo Fernando da Costa TOURINHO FILHO¹⁸, a prisão preventiva subordina-se a dois pressupostos, quais sejam a prova da existência do crime e os

¹⁵ MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. P. 119.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ob. Cit.* P. 492.

¹⁷ MALCHER, José Lisboa da Gama. *Ob. Cit.* p. 119.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ob. Cit.* p. 492-493.

indícios suficientes de autoria, e a quatro condições, quais sejam, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia da ordem econômica e assecuração de eventual pena a ser imposta. O autor Augusto CAVALHEIRO NETO¹⁹ diz que a prisão preventiva tem requisitos concomitantes e alternativos, sendo os primeiros a prova da materialidade do fato e os indícios de autoria e os demais a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Segundo ele, para a decretação da prisão preventiva devem estar presentes os dois requisitos concomitantes e pelo menos um dos requisitos alternativos.

O que se ressalta é que a prisão preventiva, por ser medida excepcional, deve estar fundamentada em requisitos legais complexos, que se não estiverem presentes, não justificam a segregação provisória do indivíduo. A prisão preventiva, sendo prisão sem culpa formada, que representa uma antecipação da pena, somente pode ter lugar em hipóteses restritas e que pendem de identificação na situação prática. Os pressupostos da existência material do crime e a da presença de indícios de autoria são pontos basilares da prisão preventiva, sendo inadmissível sua decretação ante a ausência ou dúvidas da existência de um deles.

Estes pressupostos da existência material do crime e dos indícios de autoria são os mesmos exigidos pela lei processual penal para o oferecimento da denúncia criminal, razão pela qual é com ressalvas que se admite a prisão preventiva durante a fase das investigações policiais, quando ainda não existe sequer processo penal e acusação formalizada.

Como o objetivo deste trabalho é analisar pausadamente a constituição do requisito da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, para melhor situar o instituto e suas características e para não deixar sua análise incompleta, também far-se-á rápida menção aos demais requisitos da prisão preventiva.

Além da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, também é possível ante a conveniência da instrução criminal. A instrução é a atividade processual de produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade. Somente se admite a prisão preventiva nesta situação quando o acusado

¹⁹ CAVALHEIRO NETO, Augusto. A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5039>. Acesso em: 30 jun. 2004.

esteja prejudicando a produção de provas, qualquer que seja a forma (ameaçando testemunhas, peritos, partes, destruindo provas ou indícios, etc.). “A conveniência da instrução criminal possui intenso caráter instrumental”.²⁰

Também se admite a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, para se garantir que o acusado não venha a fugir e frustrar assim a execução da pena que ao final lhe será aplicada.

Além das hipóteses já referidas, em 1994 com a Lei Antitruste (Lei 8.884 de 11 de junho de 1994), houve inclusão de um quarto requisito para a decretação da prisão preventiva, qual seja, para garantia da ordem econômica. A medida não se justifica ante a excepcionalidade e rigor com que deveria ser tratada a prisão preventiva, representando mais uma banalização de uma medida tão gravosa e limitadora de direitos fundamentais. Como bem afirma Fernando da Costa TOURINHO FILHO²¹

“... sem embargo, trata-se de medida sem nexo e inútil. Se a providência tem como objetivo perseguir a ganância, o lucro fácil, a safadeza de industriais e comerciantes desonestos, que se estabeleçam sanções em relação à pessoa jurídica (...). Essa é a medida certa. Para o ganancioso, para o industrial ou comerciante que só tem em vista o lucro, para esses *Shylock* da vida, meter-lhe a mão no bolso é pior que prisão”.

Como dito acima, para a decretação da prisão preventiva há que estar a situação concreta cercada dos requisitos legais, que devem ser analisados pelo juiz com zelo e tendo por baluarte a premissa de que a liberdade é a regra em um Estado Democrático de Direito e a prisão é a exceção, que somente se justifica quando sua necessidade é demonstrada de forma indubitável. Os pressupostos da existência material do delito e os indícios suficientes de autoria são pilstras sem as quais a prisão preventiva não se sustenta, exigindo-se ainda que a mesma seja justificada por pelo menos uma das situações previstas na lei processual penal.

4. A prisão e sua função no processo penal

A prisão cautelar, como toda medida desta natureza, tem por fim assegurar a tutela final do processo penal, que vem a ser a aplicação de uma pena. Augusto

²⁰ LEÃO, Paulo Roberto Dantas de. **Algumas considerações sobre as espécies de prisões provisórias no ordenamento jurídico-penal brasileiro.** Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal17.htm>. Acessado em 30 de junho de 2004.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ob. Cit.* p. 494-495.

CAVALHEIRO NETO²² refere que “a tutela cautelar consiste num instrumento de garantia a uma pretensão juridicamente amparada pela ação nociva do decurso temporal. Assegurar é o verbo que melhor define a natureza jurídica de uma tutela cautelar”. Embasando sua afirmação, cita a lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “O que deveria caracterizar a tutela cautelar – ao contrário do modo como a concebe a doutrina dominante – seria a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de simples segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não-satisfativa do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial”.

A prisão cautelar no processo penal se faz para o resguardo do próprio processo, mas como último fim busca assegurar a efetividade do sistema penal. Sendo a prisão em geral um meio limitador da liberdade humana, além de outros direitos, a prisão cautelar ou provisória representa uma penalidade antecipada ao indivíduo. A autora Maria Lúcia KARAM²³ afirma que “a prisão provisória, determinada pela natureza ou suposta gravidade do delito atribuído ao indiciado ou processado, viola a legalidade processual, a norma constitucional e princípios de um direito garantidor, constituindo-se numa verdadeira antecipação da pena, numa condenação imposta sem processo e sem julgamento”.

Para alguns autores que buscam justificar a prisão cautelar como um fim em si, a mesma se valida como contribuição ativa do indivíduo para o poder de justiça²⁴, ou ainda como cooperação ao bom andamento da função jurisdicional²⁵. Descabido é tal entendimento visto que a prisão limita o direito fundamental da liberdade, além de tantos outros e não se justifica a prisão cautelar em nome da contribuição ou cooperação com a Justiça. É também garantia consagrada que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, o que se dirá tamanho desprendimento de sacrificar sua liberdade em nome da cooperação com a função jurisdicional.

²² CAVALHEIRO NETO, Augusto. A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 270, 3 abr. 2004. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina. Acesso em: 30 jun. 2004.

²³ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993. p. 192.

²⁴ SABATINI, citado por BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p 84.

²⁵ NAVES, Thiago Lopes Lima. Prisão Provisória. **Derecho Penal on line**. Disponível em www.derechopenalonline.com. Acessado em 30 de junho de 2004.

O processo penal é regido por princípios²⁶ e garantias fundamentais da pessoa humana, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal, e a prisão cautelar põe em cheque algumas destas garantias, consideradas como não sendo absolutas²⁷ - ²⁸. O processo penal na lição de Vicente GRECO FILHO²⁹:

“É garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. (...) O processo diz-se uma garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal. Ainda, é processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão”.

O processo penal não pode ser utilizado como instrumento desenfreado de controle social para expurgar da sociedade aquele que desregula a ordem social imposta com a prática do delito, sem a observância de garantias essenciais. O conceito dado por Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA³⁰ de controle social é bastante preciso: “Sustenta-se que sob o conceito de controle social compreendem-se todos os recursos que uma sociedade determinada dispõe para convir sobre a submissão de determinados comportamentos de seus membros a um

²⁶ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. P. 230).

²⁷ Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 27/04/1993 e referido por Liberato Póvoa e Marco Villas Boas (*Op. Cit.* p. 22), ao focar o tema da prisão não definitiva afirma que “todos gozamos do direito de não ser presos, salvo depois de uma sentença penal condenatória, proferida dentro de um processo legal (CF, art. 5º, LIV). Mas ocorre que todas essas normas constitucionais (ressalvada a última) não são absolutas. O direito que temos de não ser preso antes de uma condenação definitiva pode, em casos excepcionais, conflitar com o interesse da sociedade em ver decretado o recolhimento à prisão, mesmo antes da sentença recorrível”.

²⁸ Também neste sentido e notadamente acerca do princípio da presunção da inocência e da prisão provisória, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão - qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento jurídico positivo (prisão temporária, preventiva ou prisão decorrente de sentença de pronúncia)- não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. (...). Impõe-se advertir, no entanto, que a prisão cautelar - que não se confunde com a prisão penal (carcer ad poenam)- não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar ‘em benefício da atividade desenvolvida no processo penal’”. (HC 80719. Informativo STF 221. Rel. Celso de Mello).

²⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 46.

³⁰ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003. p. 76.

conjunto de regras e princípios estabelecidos e estabelecer suas respostas em caso de transgressão”. Segundo Francisco BISSOLI FILHO³¹:

“... a construção do controle social formal percorre um processo denominado pelos criminólogos da reação social de ‘processo de criminalização’. (...). O processo que define as condutas como criminosas é denominado ‘criminalização primária’, enquanto o que seleciona e atribui a determinadas pessoas a condição ou etiqueta de criminosas, estigmatizando-as, é ‘criminalização secundária’. Em outras palavras, a primeira é a que cria a figura do crime, enquanto a segunda, a figura do criminoso”.

O Professor Carlos Roberto BACILA³² ainda refere à existência da “criminalização terciária”, que ocorre com a reincidência.

O Direito Penal atua como meio de controle social, mas não pode ser tido como principal ou mais importante forma de se exercer tal controle, visto que os instrumentos informais de controle social, como a escola, a religião, o sistema laboral, os partidos políticos e etc., são meios mais eficazes de controle social³³. Como leciona Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA³⁴, “norma, processo e sanção são três componentes fundamentais de qualquer instituição do controle social, orientada a assegurar a disciplina social, ratificando as pautas de conduta que o grupo reclama”. Dentro do Direito Penal certo é que a prisão em si é a mais árdua e impositiva forma de controle social, e por vezes o próprio processo penal faz as vezes deste controlador, por ferir e estigmatizar de forma mais profunda a pessoa do controlado.

Um processo penal sem observância das garantias fundamentais e dos princípios que constituem um Estado Democrático de Direito é instrumento de perpetuação de injustiças e desmandos, comandados por interesses castos. Como bem salienta Ana Lúcia Menezes VIEIRA:³⁵

“A existência do processo como limite do poder estatal de aplicar a pena só se satisfaz como instrumento de garantia da liberdade do acusado, de tutela dos inocentes, se for realizado sob os princípios constitucionais assegurados pelo

³¹ BISSOLI FILHO, Francisco. **Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do apartheid social**. In Verso e Reverso do Controle Penal. Org. Vera Regina Pereira de Andrade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 78.

³² BACILA, Carlos Roberto. Aula proferida no ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, Curitiba, 07/11/2003.

³³ Neste sentido preceitua José Miguel Zugaldia Espinar (**Fundamentos de derecho penal**. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 35) citado por Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (*Ob. Cit.* P. 79).

³⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luis Flávio. **Criminologia**. 3. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. P. 121.

³⁵ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.

Estado Democrático de Direito. Do contrário, torna-se instrumento de tirania do poder contra o delinquente, instrumento de sofrimento, instrumento vexatório, convertendo-se, por si só, em uma pena”.

Dentro do processo penal, local de atuação da prisão cautelar ou provisória, pode-se afirmar que sua função é de assegurar por fim a prisão-pena. A prisão cautelar é tão ou mais questionável que a própria prisão-pena, mesmo porque, ao final do processo penal se pode ter uma decisão absolutória. Enquanto que em relação à prisão como pena se discute a finalidade de retribuição ou prevenção, na prisão cautelar não se chega a este nível de avaliação, representando a mesma uma imposição de controle social que pretende assegurar que ao final de um processo, o indivíduo que abalou a ordem posta, seja punido por tal acinte. O estigma que a prisão cautelar pode imprimir no indivíduo é ainda mais profundo e marcante e em caso de ao final do processo penal se chegar a uma decisão absolutória, a finalidade da prisão cautelar de assegurar a aplicação final da pena é frustrada, em prejuízo de direitos maiores e mais importantes à pessoa encarcerada durante o processo penal.

A prisão em si representa sofrimento e a prisão cautelar é a máxima representação disto, eis que o indivíduo é encarcerado antes mesmo de uma decisão que o diga ser culpado ou inocente da prática de um crime. Segundo aponta Maria Lúcia KARAM³⁶, “a privação da liberdade, o isolamento, a separação, a distância do meio familiar e social, a perda do contato com as experiências da vida normal de um ser humano, tudo isto constitui um sofrimento considerável.”

Se a prisão como pena é “a detestável solução de que não se pode abrir mão”, como conclama Michael FOUCAULT³⁷, a prisão cautelar, sem condenação, é ainda mais detestável, mas se em algumas situações é um mal necessário, faz-se imperioso limitar as hipóteses de seu cabimento e os requisitos para sua decretação, em atenção ao corolário do devido processo legal e do princípio da presunção de inocência.

A prisão em si é limitadora de direitos individuais fundamentais e com mais razão de ser a prisão cautelar somente pode ter espaço se proporcional ao desiderato final que se quer assegurar. Neste sentido o autor Sérgio Marcos de

³⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Op. Cit.* p. 181.

³⁷ “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p.196)

Moraes PITOMBO³⁸, citando em seu artigo a autora Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo diz que “a limitação ao pleno exercício de direito fundamental deve, ainda, respeitar o chamado princípio da proporcionalidade. Vale assentar: efetivo equilíbrio entre os direitos em jogo ou em conflito. E mais, estar demonstrada, de modo inequívoco, sua necessidade”.

5. A conceituação doutrinária de garantia da ordem pública como requisito da prisão preventiva

Ordem e progresso. Eis o lema de nossa pátria, que para tantos passa despercebido no dia-a-dia atribulado da sobrevivência neste grande Brasil. O povo brasileiro é ordeiro, trabalhador, necessitado de tudo e dependente de políticas públicas que atentem ao bem estar social, mas ano vai e ano vem, vai ficando no esquecimento em nome da globalização, da urgência que se tem em exportar mais, em ganhar mais dinheiro, em produzir *superávit* e sustentar quem nos explora. O lema expresso na bandeira pátria representa um cabresto, o único ideal que nos é permitido visualizar, a ordem e o progresso.

Dentro desta sociedade que busca a ordem, quem dela se abstrai é presenteado com o rigor da lei penal, cada vez mais ampla e ramificada nos meandros da vida social brasileira³⁹. Afinal de contas, é preciso controlar a criminalidade e os criminosos que colocam em risco nossos ideais de povo ordeiro e que quer progredir para quem sabe, um dia, sermos como nossos ídolos, os países de primeiro mundo! Este discurso é reproduzido dentro dos vários segmentos da sociedade brasileira, imposto e espreado por aqueles que nos querem dóceis e úteis (ou ordeiros e progressistas).

³⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Prisão Preventiva, em sentido estrito**. In *Justiça Penal: críticas e sugestões – Justiça Penal Moderna*. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. Vol. 07. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 124.

³⁹ Os autores Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya tratam do tema com propriedade, afirmando que: “O Direito Penal funciona aqui como o controle social que trabalha a favor da liberdade de mercado, centrado na defesa do patrimônio e na proibição de tudo que afeta ao Estado, que é o garante último do modelo de exploração. Para isto se vale de todos os recursos de que dispõe, ainda que sacrificando garantias fundamentais, como exemplifica o caso brasileiro de legislar penalmente através das chamadas medidas provisórias”. BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. **Manual de Direito Penal**. Ob. Cit. p. 101.

Como preconiza Jock YOUNG⁴⁰, “se a questão é manter em ordem uma sociedade essencialmente injusta e desigual, é preciso treinar os indivíduos em seu seio para aceitarem o mundo como ele é. Dissuasão, obediência, respeito à tradição, submissão às normas da comunidade têm que ser inculcados no indivíduo desde o nascimento”. A obediência e a disciplina são instrumentos utilizados para se impor o controle social.

A ordem social exsurge de relações e interações humanas, criadas para tornar possível a convivência social. É natural que a ordem social posta seja controlada por mecanismos diversos, dentre os quais o Direito Penal deveria representar a última esfera de atuação. Como refere Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁴¹, “toda sociedade ou grupo social necessita de uma disciplina que assegure a coerência interna de seus membros, razão pela qual se vê obrigada a criar uma rica gama de mecanismos que assegurem a conformidade daqueles com suas normas e pautas de condutas”.

A ordem em si representa o controle social que é exercido desde nosso nascimento e que nos condiciona a sermos disciplinados. Lola Aniyar de Castro, citada por Nilo BATISTA⁴², ao referir-se a controle social esclarece que este “não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante”. O autor Leonardo SICA⁴³ esclarece que existem dois fatores determinantes para a disciplina do controle social: “o primeiro, a fixação de valores tidos como consensuais, que se sobrepõem à vontade individual, concretizando uma pressão sobre o indivíduo para que tenha certos comportamentos e, principalmente, se abstenha de outros. Essa determinação é a base do conceito de bem-estar comum. O segundo, consectário do primeiro: a necessidade de garantir a ordem contra os comportamentos desviantes.” Conclui o mesmo autor dizendo que “o controle social, logo, caracteriza-se como uma reação institucionalizada contra os

⁴⁰ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p.91.

⁴¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luis Flávio. **Criminologia**. Ob. Cit. p. 120.

⁴² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 22.

⁴³ SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

comportamentos desviantes”. Esta reação institucionalizada é exercida pelo Estado, dentro do qual o Direito Penal deveria exercer função de última instância.

O autor Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁴⁴, também tratando do tema do controle social, esclarece que:

“O controle social dispõe de numerosos ‘meios’ ou ‘sistemas’ normativos (a religião, o costume, o direito, etc.); de diversos ‘órgãos’ ou ‘portadores’ (a família, a igreja, os partidos, as organizações etc.); de ‘distintas estratégias’ ou ‘respostas’ (prevenção, repressão, socialização etc.); de diferentes modalidades de ‘sanções’ (positivas, negativas etc.); e de particulares ‘destinatários’. Como se indicará, a Justiça constitui tão-somente um dos possíveis portadores do controle social. O Direito Penal representa, também, tão-somente um dos meios ou sistemas normativos existentes, do mesmo modo que a infração legal constitui nada mais que um elemento parcial de todas as condutas desviadas; e que a pena significa uma opção dentre as muitas existentes para sancionar a conduta desviada. Mas é inegável que o Direito Penal simboliza o sistema normativo mais formalizado, com uma estrutura mais racional e com o mais elevado grau de divisão do trabalho e de especialidade funcional dentre todos os subsistemas normativos”.

Dentro deste controle social exercido pelo Direito Penal, a pena como forma de privação da liberdade é o instrumento que pode atingir a todos e que constitui a pedra de toque desta forma de controle social. A liberdade individual é um bem comum a todas as pessoas, imensurável economicamente e cuja limitação constitui moeda possível de ser paga por todos. Com muita propriedade diz o autor Francisco MUÑOZ CONDE⁴⁵ sobre o controle social exercido pelo Direito Penal:

“El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señalábamos al principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables”.

Dentro deste sistema penal de controle social, a prisão preventiva pode ser decretada para preservar e assegurar a ordem pública, em franca antecipação da pena que se busca impor ao final de um processo penal. O desafio maior é exatamente se conceituar ordem pública e se justificar uma prisão provisória, antes da condenação, para assegurá-la.

Na doutrina penal brasileira, muitos autores conceituam a ordem pública. Para TOURINHO FILHO⁴⁶, “ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social”.

⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luis Flávio. *Criminologia*. Ob. Cit. p. 121.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. 2.ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 1999. P. 22.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. Cit. p. 493.

Este mesmo autor cita o conceito de ordem pública segundo De Plácido de Silva que diz que “ordem pública é a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”. Em outro dicionário jurídico, de Deocleciano Torrieri GUIMARÃES⁴⁷, ordem pública é “o conjunto de princípios éticos, jurídicos, políticos, econômicos e sociais que, no interesse geral, regem a convivência entre os cidadãos, levando a uma situação de segurança e tranqüilidade”. Para Julio Fabbrini MIRABETE⁴⁸, “o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão”.

Pelo que se pode apurar, a prisão preventiva como forma de acautelar a ordem pública não visa dar tutela ao processo a que está instrumentalmente vinculada, mas sim, acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, conforme bem esclarece Alberto Silva FRANCO⁴⁹. Continua o autor citando José Frederico Marques:

“A medida de coerção pessoal perdia o seu caráter de providência cautelar, constituindo antes, como falava Faustin Hélie, verdadeira medida de segurança. Gaetano Foschini, citado por Vittorio Grevi, reconhecia na sujeição do réu à custódia o meio mais idôneo a assegurar a imediatidade, ou melhor, a prestação do efeito reativo da coletividade juridicamente organizada a respeito do crime cometido”.

A dificuldade na conceituação do que é ordem pública se justifica pela amplidão de entendimentos e de situações fáticas que podem ser abarcadas pelo conceito e também pela inexistência de critérios objetivos para sua caracterização. A ampliação da conceituação de ordem pública, ou se entenda a instabilidade em sua conceituação, pode ensejar sua maior aplicação e encarceramento provisório de maior número de pessoas⁵⁰. Interessante dado sobre a prisão preventiva é trazido

⁴⁷ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 3.ed.rev.e ampl. São Paulo: Rideel, 2001. p. 413.

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999. P. 414.

⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 332.

⁵⁰ Não se pode esquecer que o conceito vago de ordem pública ou de bem-estar social, já foi utilizado na história para justificar excessos nos Estados totalitários, como na Alemanha nazista, que dizia no seu art. 266, 2, do Código Penal Alemão de 1938: “(...) um caso especial é particularmente grave se o ato prejudicou o bem-estar do povo (...)”. Nota feita na obra de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, *Punição e estrutura social*, citado por SICA, Leonardo. *Ob. Cit.* P. 31.

por Winfried HASSEMER⁵¹, que aponta que enquanto na Grã-Bretanha a cifra de presos condenados é dez vezes maior que a de presos preventivamente, na Alemanha estes representam um terço de todos os presos. Informa ainda que na Itália a quantidade de presos preventivamente é superior que os que cumprem pena. No Brasil não dispomos de dados semelhantes, mas pelo que se pode observar nas cadeias públicas espalhadas por este país continental, certamente teríamos igual surpresa.

O autor Sérgio Marcos de Moraes PITOMBO⁵², também citando Hassemer, afirma que a expressão “garantia da ordem pública” não poderia ser tomada como “porosa”, ou seja, posta para absorver qualquer situação, alargando-lhe sem medida, a interpretação. O autor diz que “palavras e expressões vagas, dispostas a sorver variado entendimento, não deveriam compor situações jurídicas que ensejam prisão”. Certamente que em se interpretando o dispositivo legal de que todo crime abala a ordem pública e que a prisão provisória se justifica para restabelecer a paz social, se está renegando o princípio da legalidade que deve ser rigorosamente observado quando se questiona limitar liberdades individuais.

Como bem refere Del Pozzo, citado por Alberto Silva FRANCO⁵³, a prisão preventiva decretada para garantir a ordem pública exerce uma função de “antecipação do efeito intimidativo da pena”, além de uma função de tipo “sedativo” em razão do alarme produzido pelo crime, sendo que “a restrição à liberdade do réu podia funcionar como contramedida apta a restituir o sentimento de segurança do cidadão e evitar repercussões contagiosas”.

Para se conceituar ordem pública e assim justificar a prisão preventiva para o fim de assegurá-la, é necessário se levar em consideração princípios que norteiam a aplicação do próprio Direito Penal, como o princípio da presunção de inocência, o do devido processo legal, o da culpabilidade e da humanidade, no entanto o que se vê no dia-a-dia é que a ordem pública que se quer preservar e garantir é a calma social, um falso estado de paz social que foi abalado com a prática de um crime. Como refere Alberto Silva FRANCO⁵⁴, “a prisão cautelar, perdendo seu caráter de instrumento destinado ao desenvolvimento normal e eficaz do processo, assumiu um

⁵¹ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2.ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001. P. 99.

⁵² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Prisão Preventiva, em sentido estrito**. *Op. Cit.* P. 127.

⁵³ FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.* P. 333.

perfil político-ideológico, transformando-se na viga mestra da corrente criminológica 'da lei e da ordem', que objetiva atender, de maneira exclusiva, às exigências da defesa social".

É de se ressaltar que dependendo da ótica que se analisa o crime, como no da vítima e de seus familiares, por exemplo, sempre se pode dizer que a ordem pública foi abalada, mas tal afirmação deve ser analisada com critérios. Para a sociedade sempre se vende a idéia de que o suposto autor de crime deve imediatamente ser colocado fora do convívio social, ainda mais se o mesmo provém de classe social mais pobre, não tem estudo ou está desempregado. Na prática cabe principalmente ao Estado-juiz definir o que vem a ser a ordem pública e o quê a abala de modo a justificar a decretação da prisão preventiva. Hélio Tornaghi, citado por Antoniel Souza Ribeiro da SILVA JÚNIOR⁵⁵, quando formula orientações em matéria de prisão provisória, não poderia ser mais lúcido:

"O Juiz deve ser prudente e mesmo avaro na decretação. Há alguns perigos contra os quais deveriam premunir-se todos o juizes, ao menos os de bem: o *perigo do calo profissional*, que insensibiliza. De tanto mandar prender, há juizes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão. Fazem aquilo como ato de rotina... o *perigo da precipitação*, do açodamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e conduz a erros. 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".

O que tanto se questiona a respeito do tema é a diversidade de entendimentos e caracterizações que são dadas como fundamento de que a ordem pública foi abalada e que a prisão do suposto autor de crime é necessária. Quer parecer que a ordem pública a ser mantida é o interesse social para a manutenção de uma sociedade pacífica, sem desvios que causem alterações no *status quo*. Como muito bem conclui Alessandro BARATTA⁵⁶ quando trata da reação social ao crime, "para desencadear a reação social, o comportamento deve ser capaz de perturbar a percepção habitual de *routine*, da 'realidade tomada-por-dada' (*taken-for-*

⁵⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Idem*.

⁵⁵ SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. Prisão temporária: uma interpretação conforme a Constituição da República. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 311, 14 mai. 2004. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 30 jun. 2004.

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 95.

granted reality), ou seja, que suscita, entre as pessoas implicadas, indignação moral, embaraço, irritação, sentimento de culpa e outros sentimentos análogos.”

Este ideal de ordem pública como um estado geral de paz social, nos é vendido todos os dias como o oposto de nossa realidade, que mostrada pela televisão e pelos jornais é cada vez mais violenta e caótica. O discurso ecoado no senso comum de que na atualidade a violência é maior do que nos idos de antigamente, “quando se podia deixar a porta da casa aberta e as crianças brincavam nas ruas sem preocupação”, é uma falácia, ao que a autora Gizlene Neder, citada por Nilo BATISTA⁵⁷, chamou de “utopias urbanas retrógradas”.

O problema ante a vastidão de interpretações é se construir um conceito de ordem pública justo, que não seja representativo da opinião formada por um grupo dominante que deseja assim, controlar os que se desviam do ideal de vida social que por eles é composto. Como afirma Francisco MUÑOZ CONDE⁵⁸, o controle social determina os limites da liberdade humana em sociedade, mas a preocupação maior é sobre quem dita quais são estes limites e se para a formulação destes limites, existem limites. Ainda Muñoz Conde afirma que “tanto el orden social como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo, y, por tanto, como un medio violento, justificado solo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia”, e conclui citando Hassemer: “No hay alternativas al control social”.

Se a defesa da ordem pública ou social faz-se necessária para garantir o fenômeno da coexistência, conforme termo de Eugenio Raúl ZAFFARONI⁵⁹ ao falar de sociedade, a prisão preventiva somente se justifica para garantir a segurança jurídica, entendida como a proteção de bens jurídicos necessários para assegurar a coexistência.⁶⁰ O problema maior é quando o ideal de segurança jurídica e de paz social não condiz com a realidade vivenciada por todos, havendo a construção de uma falsa realidade que deve parecer verdadeira, pois desta forma o controle social

⁵⁷ BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11, n. 42, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. P. 249.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Op. Cit. P. 25.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 94.

⁶⁰ Na mesma obra acima citada, Zaffaroni esclarece que “a existência humana não pode ser senão na forma da coexistência, de existir com outros que também existem. Disto decorre que nem sequer se pode ter consciência do ‘eu’ quando não há um ‘tu’ de que distinguir-se.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Idem*.

pode ser melhor exercido e os controlados não se insurgem contra o controlador, mas ao contrário, o vêem como salvador.

6. As influências da mídia na conceituação de garantia da ordem pública

“Hoje um país pertence a quem controla os meios de comunicação”.⁶¹ Esta máxima de Humberto ECO demonstra toda a influência que a mídia de um modo geral, exerce sobre praticamente todos os segmentos da sociedade. Os meios de comunicação de massa⁶², segundo Sílvia Leser de Mello, citada por Diego Ayres CORRÊA⁶³, “são os nossos olhos e ouvidos, permitindo o contato com o mundo dos acontecimentos”.⁶⁴

No Direito Penal moderno e por via de consequência, no processo penal, a mídia exerce poder formador de opinião popular, e porque não dizer, controlador de opinião. Como refere Nilo BATISTA⁶⁵, “a mídia chamou a si o estratégico discurso do controle social penal. Os esgares do âncora de um telejornal com boa audiência são mais importantes para a política criminal brasileira do que a produção somada de nossos melhores criminólogos e penalistas.” Nesta triste realidade que Nilo Batista bem identifica como um novo sistema penal, os meios de comunicação participam intensamente da formação de uma mentalidade popular que quer ver no Direito

⁶¹ ECO, Humberto. **Guerrilha semiológica**. In Viagem na irrealidade cotidiana. 9.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 165-180.

⁶² “A expressão *comunicação de massa*, universalmente consagrada, primeiramente evoca uma imagem de multidão, uma vasta audiência de milhões de indivíduos. Todavia, ‘o que importa na comunicação de massa não está na quantidade de indivíduos que recebem os produtos, mas no fato de que estes produtos estão disponíveis em princípios para uma grande pluralidade de destinatários.’” (VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Op. Cit.* p. 26).

⁶³ CORRÊA, Diego Ayres. **Os meios de comunicação de massa e sua influência no desenvolvimento da histeria punitiva e na ampliação da tutela penal**. In Direito Penal & Criminologia. Curitiba: Juruá, p. 237-249.

⁶⁴ É interessante se observar como a sociedade moderna conhece a realidade. Segundo Vinicius de Toledo Piza Peluso se observa a teoria da construção social da realidade dos sociólogos Berger e Luckmann, “na qual o ser humano é o único ser que carece de um ambiente específico de sua espécie (...) Desta forma, todo conhecimento que ele tem do mundo real está mediado pela forma que o conhece e, na atual sociedade de massa, a principal forma de conhecer o mundo exterior é por intermédio dos meios de comunicação, que, assim, cumprem a função mediadora e conformadora de sua realidade. Portanto, a realidade que o indivíduo percebe depende da informação que os meios lhe passam”. (PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Sociedade, mass media e Direito Penal: uma reflexão**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 10, n. 42, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. P. 178).

⁶⁵ BATISTA, Nilo. **Os sistemas penais brasileiros**. In Verso e Reverso do Controle Penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. 1. Org. Vera Regina Pereira de Andrade. Florianópolis: Boiteux, 2002. p. 147-158.

Penal a solução de todos os problemas sociais. Ainda Nilo BATISTA⁶⁶ reflete que “o novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena como rito sagrado da solução de conflitos”. A falsa idéia de que um Direito Penal mais amplo e mais gravoso representará a solução para os mais variados problemas sociais, enseja a conclusão posta por Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁶⁷, citando Jeffery: “mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significam mais presos, porém não necessariamente menos delitos”.

Por influência principalmente da mídia, a população clama cada vez mais por um Direito Penal Simbólico, onde todos os conflitos sociais se resolveriam com crime, processo e prisão. Como bem colocam os autores Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA⁶⁸, “não se pode adotar aquilo que García-Pablos de Molina refere como uma ‘política de gestos para o público e a opinião pública’”.

A proliferação de programas sensacionalistas que tem como objeto de “análise” casos policiais, no melhor estilo “Linha Direta”, “Aqui-e-agora” e “Brasil Urgente”, além da tratativa de temas penais em novelas e nos programas de auditório, criam para a população em geral uma sensação de que o nosso sistema penal e processual penal é falho e condescendente demais com os criminosos, incitando a insegurança jurídica e a pressão popular para o recrudescimento das normas penais e das penas⁶⁹.

O sensacionalismo produzido pela mídia tem sua razão de ser dentro da construção da realidade e das opiniões que lhe interessa. Ana Lúcia Menezes VIEIRA⁷⁰ analisa com propriedade a utilização da linguagem sensacionalista e afirma que esta busca sempre chocar o público, causar impacto e envolvê-lo emocionalmente. Segue afirmando:

“Assim, a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. Nada do que se vê (imagem televisiva), do que se ouve (rádio) e do que se lê (imprensa jornalística) é indiferente ao consumidor da notícia sensacionalista. As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tomam

⁶⁶ BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. *Op. Cit.* p. 245.

⁶⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Op. Cit.* p. 123.

⁶⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Op. Cit.* p. 45.

⁶⁹ Não se pode esquecer toda a campanha feita por uma autora de novelas globais para a inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos após ter sido sua filha assassinada.

⁷⁰ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Op. Cit.* p. 53.

inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional”.

O sensacionalismo das notícias colocadas pela mídia é construído e busca direcionar a formação da opinião pública como lhe interessa. É muito mais simples e frutífero para os controladores sociais propalar a idéia da política de exclusão e da neutralização do que se preocupar em formar opiniões críticas a respeito da realidade social. A opinião crítica é questionadora, luta por seus direitos, não admite o cabresto e portanto incomoda, o que não interessa aos que detém o poder. Fazer a opinião pública acreditar que a solução para os problemas sociais está no Direito Penal é muito mais simples e fácil do que se questionar a falência do modelo de estado do bem-estar social (Welfare State). Como brilhantemente conclui Loïc Wacquant, citado por Nilo BATISTA⁷¹, “o encarceramento é o único serviço público destinado à pobreza”.⁷²

Como coloca Muniz SODRÉ⁷³, “os meios de comunicação de massa são os principais gestores do mito da catástrofe”. A autora Vera Malaguti BATISTA faz excelente análise sobre a cultura do medo em sua obra “O medo na cidade do Rio de Janeiro”.⁷⁴ Segundo a criminóloga, “no Brasil a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado das massas empobrecidas”. É certo que esta proliferação do medo na sociedade, feita pela mídia, traz à sociedade uma sensação de insegurança generalizada, sendo o fomento de reações sociais que buscam a solução de todos os problemas sociais no Direito Penal e de preferência no encarceramento daqueles que se desviam suas condutas dentro da ordem social. É a proliferação inquestionável da política da exclusão.

⁷¹ BATISTA, Nilo. **Os sistemas penais brasileiros**. *Op. Cit.* p. 155.

⁷² “O desdobramento desta *política estatal de criminalização das consequências da miséria do Estado* opera segundo duas modalidades principais. A primeira e menos visível, exceto para os interessados, consiste em transformar os serviços sociais em instrumentos de vigilância e de controle das novas “classes perigosas”. Prova disso é a onda de reformas votadas nestes últimos anos em vários estados, condicionando o acesso à assistência social à adoção de certas normas de conduta (sexual, familiar, educativa, etc.) e ao cumprimento de obrigações burocráticas onerosas ou humilhantes. (...) O segundo componente da política de “contenção repressiva” dos pobres é o recurso maciço e sistemático ao encarceramento.” (WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos. P. 27-28).

⁷³ SODRÉ, Muniz. **A sedução dos fatos violentos**. In *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 1, n. 1 (jan./jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p.207-214.

⁷⁴ BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

O poderio da mídia na formação da opinião popular em atenção aos interesses dos que detém o poder e o exercem de forma opressora, ainda que sob o falso manto da defesa das liberdades, cria para a população em geral uma realidade fictícia, onde o controle social é muito mais fácil de ser exercido. Criar o medo, o caos, a insegurança, personificar em certas pessoas ou grupos a figura do mal a ser exterminado, gera para a sociedade a falsa idéia de que é necessário mais rigor nas punições de crimes, que certas pessoas devem ser expurgadas da vida social. Como bem coloca o autor Leonardo SICA⁷⁵, “o quadro de pânico, de fobia, vitimiza a sociedade: a expectativa do perigo iminente faz com que as vítimas potenciais aceitem facilmente a sugestão ou a prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais”. É criando esta realidade fictícia que a mídia pode exercer o seu poder de controlar as opiniões e manipular a realidade, além de fazer aumentar os seus lucros com a criação de um estado de insegurança.⁷⁶

Neste sentido Eugenio Raul ZAFFARONI⁷⁷ questiona arduamente os meios de comunicação, chamando-os de “fábrica da realidade”. Afirmo o autor que:

“... sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores; não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflituos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal”.

Também o jurista e criminólogo Nilo BATISTA⁷⁸ coloca que principalmente com o poderio político e com a vastidão de seu alcance, através das redes de televisão se criou uma nova modalidade de controle social pela via da constante supervisão preconizada por Jeremy Bentham. Segue no artigo “Fragmentos de um discurso sedicioso” afirmando brilhantemente que:

“Duzentos anos depois, verificamos que jamais se construiu uma só rede de prisões panóticas, porém se construíram várias redes de televisão. Após constatar que a conservação ‘útil’ do escravo não insurrecional era o princípio das penas corporais, que a privação de liberdade ‘sob condições piores do que

⁷⁵ SICA, Leonardo. *Op. Cit.* p. 78.

⁷⁶ Como bem refere o autor Francesc Barata, “hoy el miedo es difuso, un miedo ante lo imprevisible que alimenta el gran negocio de la seguridad. El miedo se ha convertido en una materia prima rentable y en países como Canadá y Estados Unidos, la seguridad privada gasta el doble que la pública”. (BARATA, Francesc. **La violencia y los mass media**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 8. n. 29, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. P. 256).

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.* p. 76.

⁷⁸ BATISTA, Nilo. **Fragmentos de um discurso sedicioso**. In Discurso Sediciosos: crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 1, n. 1 (jan./jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. P. 74.

aquelas condições ordinárias em estado de inocência' era o expediente mais adequado para o 'útil' controle da força de trabalho proletária e seu exército de reserva, e que, nas sociedades pós-industriais de consumo e serviços, penas alternativas ao encarceramento e outras medidas sinalizam a preservação 'útil' do consumidor, como não se desconfiar de um salto no método da 'inspeção'? Temos, todos, dentro de nossas casas, a janelinha pela qual nos fita, extasia e controla, o olho do poder. Chama-se televisão, e este é o novo nome do Panóptico. Não sei porque algumas pessoas se admiram pelo fato de existirem, nas casas dos pobres brasileiros, mais televisões do que geladeiras. Poderia ser diferente?".

Quando se noticia a prática de um crime grave nos meios de comunicação de massa, tendo ele sido praticado por um membro da classe menos favorecida contra um membro da classe dominante, se espalham na mídia opiniões de apresentadores de programas e telejornais sobre a brutalidade do criminoso, sobre o crescimento da violência e da criminalidade, sobre a necessidade de existirem penas mais rigorosas, sobre o aumento do tempo de prisão, sobre a diminuição da idade penal, etc. e obviamente sobre a necessidade de sua imediata prisão. Sem sombra de dúvida a mídia controla a formação da opinião popular, sendo que a sociedade assiste estarrecida ao noticiário e ao final da "brilhante" exposição do apresentador sobre o tema da criminalidade e da violência, concorda docilmente com sua conclusiva opinião: "isto é uma vergonha".

A realidade de violência é vendida a cada instante pelos meios de comunicação de massa, primeiro porque lhe rende muito economicamente⁷⁹ e segundo porque a criação da idéia de que a violência associada ao crime a qualquer momento pode nos vitimizar⁸⁰, nos faz esperar pela figura do salvador, seja ele o político "corajoso" que mostra destemor e que responde ao anseio da população ao incriminar novas condutas, a aumentar as penas ou recrudesce a sua execução ou, seja ela a "brilhante" autora de telenovelas que também tem a "coragem" de tratar do tema da violência no horário nobre.

⁷⁹ "Não é novidade, por exemplo, que a moderna imprensa escrita, falada e televisada tenham, normalmente, caráter empresarial, quer dizer, não tenham outras convicções e objetivos que os de uma grande difusão que aumente seus lucros. Nesse marco, o manejo sensacionalista e folhetinesco da página policial, encarada como um mero entretenimento, é um 'gancho' a mais para aumentar a venda." (CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução Eliana Granja ... et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 86).

⁸⁰ Loïc Wacquant comenta sobre um programa da televisão francesa TF1 chamado "Ça peut vous arriver" (em português "Pode acontecer com você"), transmitido em início de noite, "durante o qual a apresentadora assegura após cada reportagem ultraviolenta que os crimes, repetidamente com prazer encenados, podem atingir a todos e em toda parte". (WACQUANT, Loïc. **Sobre a "janela quebrada": contos sobre segurança vindos da América**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. n. 46, jan/fev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. P.230).

Se sabe que função simbólica do Direito Penal com pretende incutir a mídia e os legisladores à população, possui um efeito meramente psicológico sobre a sociedade, como bem refere Vinícius de Toledo Piza PELUSO⁸¹, pois se tem a falsa impressão de que aumentando a atuação do Direito Penal, mantendo-se os criminosos presos por mais tempo e de preferência logo após a prática do crime, se assegura a tranquilidade social e a satisfação social.

Estas estratégias de comunicação da mídia já foram identificadas como forma de impor uma realidade de temor à sociedade. Raúl CERVINI, referindo-se às conclusões de um Colóquio realizado na Universidade do Rio de Janeiro em 1987⁸², consigna os vários tipos de campanhas portadoras de meta-mensagens, a saber: *campanhas de desvalorização*, onde se busca ofuscar e colocar no esquecimento valores fundamentais; *campanhas maniqueístas*, onde se fragmenta artificialmente a realidade, separando o bom do mau e buscando eliminar o mau; *campanhas de distração*, através das quais se procura focalizar a atenção da opinião pública em fatos isolados para deslocar o centro de interesse da crise estrutural política, econômica ou social; *campanhas conformadoras do estereótipo do criminoso*, onde se busca criar a figura do criminoso – geralmente no jovem do sexo masculino, marginalizado e pobre; e as conhecidas *campanhas de lei e ordem*⁸³.

A autora Vera Regina Pereira de ANDRADE⁸⁴ esclarece bem sobre as campanhas de Lei e Ordem, afirmando que “é o nome, adequado na sua inadequação, que, em terreno de Políticas Criminais se vulgarizou para designar esse gigante punitivo. Em suas diversas materializações públicas e legislativas, caracteriza-se por preconizar o fortalecimento da punição e da prisão, acompanhado da supressão de garantias penais e processuais básicas, que violam frontalmente o ideal constitucional de Estado Democrático de Direito”.

Esta estratégia muito difundida pela mídia brasileira e que infelizmente encontra eco em profissionais da área do direito e da segurança pública, é terreno

⁸¹ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. *Op. Cit.* p. 185.

⁸² Encontro Internacional de Penalistas organizado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a Associação Internacional de Direito Penal, Seção Brasil, Rio de Janeiro, 18 e 19 de maio de 1987 (*Apud* CERVINI, Raúl. *Op. Cit.* p. 87).

⁸³ Ver mais sobre campanha de intolerância em Jock YOUNG (**A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002).

⁸⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 25.

fértil para a propagação do medo e do caos, sendo que ZAFFARONI⁸⁵ identificou que estas campanhas de Lei e Ordem se realizam através da “*invenção da realidade*” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), “*profecias que se auto-realizam*” (instigação pública para a prática de delitos mediante metagensagens de slogans tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, etc., publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), “*produção de indignação moral*” (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de justiceiros, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.).

A manipulação da mídia na formação da opinião pública através de campanhas de lei e ordem, pelas quais a sociedade passa a reproduzir o mesmo discurso de que a lei necessária é a penal e a ordem somente se alcança com a prisão, também foi tratada com propriedade por Alessandro BARATTA⁸⁶ que concluiu:

“Na opinião pública, enfim, se realizam, mediante o efeito dos *mass-media* e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processos de indução de *alarme social* que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessada, no curso das assim chamadas campanhas de ‘lei e ordem’, mas que, mesmo independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra ‘um inimigo interno’ comum”.

Dentro deste contexto onde a mídia atua com ferocidade e controlando a opinião pública, atendendo aos seus interesses que representam sempre e sem qualquer exceção, a classe dominante, é que se forma o conceito casual de abalo da ordem pública a fim de se fundamentar o encarceramento provisório de um indivíduo durante o processo penal. Como refere ZAFFARONI⁸⁷, “os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais”. O entendimento de que o encarceramento de um indivíduo, supostamente autor de crime, se justifique para garantir que a ordem pública reste inabalada ou para restabelecer a paz social representa uma falácia, isto que porque o que se quer

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 129.

⁸⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. *Op. Cit.* p. 204-205.

sempre é satisfazer o instinto vingativo da população e acalmar a sociedade com a falsa idéia de que o Direito Penal é a solução dos problemas sociais. Segundo Vinícius de Toledo Piza PELUSO⁸⁸, esta é a função promocional do Direito Penal, que é usada para divulgar que este atua como um potente instrumento de mudança e de transformação social, o que se sabe, está longe de ser verdade.

A mídia na sua atuação de construir a realidade social como lhe convém, faz criar também o conceito de abalo de ordem pública que pode fundamentar uma prisão provisória, antes de condenação penal, ao passo que cria o clamor público em relação a determinado crime ou a seu autor.

O autor Raúl CERVINI⁸⁹, referindo-se a Miguel Rodrigo afirma que a influência dos meios de comunicação na construção da realidade social é fundamental quando se trata de fornecer informação à qual o indivíduo, por si só, geralmente, não pode ter acesso, como o caso da notícia policial e judicial. Ocorre que assim como o Direito Penal faz uma seleção das condutas que serão tratadas como crimes, também a mídia faz uma seleção, já dentro dos fatos criminosos, do que vai virar notícia. Segue o autor Miguel Rodrigo, citado por Raúl Cervini dizendo que para que um acontecimento se converta em notícia, é necessário que ele rompa com o cotidiano, modifique ou abale o sistema, a ordem posta. O autor chama de “blooper” social, é o espetacular e o chocante. “A liberdade de imprensa, tão própria das sociedades democráticas, sujeita-se à ‘totalitária lei do espetáculo’”.⁹⁰

Com a cobertura excessiva e voraz da mídia sobre os fatos penais, tratada pela autora Ana Lúcia Menezes VIEIRA⁹¹ como “supermediatização”, o exercício do poder desempenhado pelos meios de comunicação é ainda mais evidente. A autora segue afirmando que:

“O desenvolvimento tecnológico do meio informativo desencadeou um crescimento dos veículos de comunicação revolucionando o mercado da mídia. Esta é dominada por grandes conglomerados empresariais que visam à obtenção de lucro a qualquer custo, ainda que este seja a dignidade do ser humano. A empresa não possui a responsabilidade social da notícia, não pauta na ética seu fim de informar, de convencer. A ética que se passou a utilizar foi aquela da conveniência, da finalidade, ou seja, ‘é moral, é bom, é socialmente útil o que convém e o que não convém então se rejeita’”.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.* P. 130.

⁸⁸ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. *Op. Cit.* p. 185.

⁸⁹ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. *Op. Cit.* p. 94.

⁹⁰ CERVINI, Raúl. *Idem*.

⁹¹ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Op. Cit.* p. 44.

ZAFFARONI⁹² ainda afirma que “o sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa” e conclui mais adiante esclarecendo que a principal função dos meios de comunicação de massa é atuar como aparato de propaganda do sistema penal, revelando “o alto grau de empenho da civilização industrial e dos albos da civilização tecnocientífica para preservar a ilusão e fabricar a realidade do sistema penal e a função-chave que este sistema cumpre na manutenção do poder planetário desta civilização industrial”.

Com base nesta opinião pública formada a partir do que a mídia quer e do que lhe interessa, onde preconceitos, estereótipos e jargões policiais encontram terreno fértil, é que o Estado-juiz faz sua fundamentação ao decretar a prisão preventiva de alguém para assegurar a ordem pública. Alessandro BARATTA⁹³ questiona com muita razão de ser o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado por parte do juiz e segue afirmando que “existe uma tendência por parte dos juizes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores”. Esta tendência dos juizes reflete exatamente o meio social em que vivem e a realidade que vivenciam dentro da sociedade. A bem da verdade o juiz constrói seus conceitos e os aplica na *praxis* jurídica refletindo o que a comunidade onde está inserido pensa e aspira, ainda que este sentimento seja construído a partir do que interessa a quem detém e exercita o poder através da mídia. Vittorio Grevi, citado por Alberto Silva FRANCO⁹⁴ refere que:

“A autoridade judiciária competente para decidir sobre a liberdade pessoal do acusado se encontra praticamente sem defesa diante da onda crescente da emotividade popular, ficando por isso perigosamente exposta à tentação de segui-la, até mesmo *contra conscientiam*. Poderia ocorrer que, na crista de semelhantes tensões, se criasse um clima de ‘caça às bruxas’ dentro do qual a prisão cautelar fosse empregada não tanto para satisfazer, como se dizia no passado, a ‘uma necessidade de justiça’ ou de ‘verdade’, quanto a uma ‘necessidade de culpabilidade’.

Nesta situação é interessante se questionar até que ponto a ordem pública reflete a opinião pública ou a opinião publicada.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.* P. 130-131.

⁹³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. *Op. Cit.*

⁹⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.* P. 334.

Segundo leciona a autora Ana Lúcia Menezes VIEIRA⁹⁵, utilizando-se de conceito dado por Rubens Figueiredo e Sílvia Cervellini, opinião pública é “a expressão de modos de pensar de determinados grupos sociais ou da sociedade como um todo, a respeito de assuntos de interesse comum em um dado momento”. Ainda conceituando opinião pública, a mesma autora cita a lição de K. Young, “opinião pública consiste na opinião sustentada por um público em certo momento e nas crenças acerca de temas controvertidos ou relacionados com a interpretação valorativa ou o significado moral de certos fatos”. Segundo Ciro Marcondes Filho, “opinião pública é a condensação das posições e das preferências num determinado momento, oriundas dos debates ocorridos nas esferas públicas”. Para Cândido Monzón Arribas, “opinião pública é a discussão e expressão dos pontos de vista do público (ou dos públicos) sobre assuntos de interesse geral dirigidos à sociedade”.

Analisando estas conceituações sobre a opinião pública, se tem que a mesma consiste na opinião de um grupo social ou do público em geral sobre determinado tema, posto em discussão pública. Por estas características se pode vislumbrar que pelo exercício do poder de controle social e de formação de opinião, a mídia pode alterar conforme seus interesses a opinião pública, chegando a alterar a sua essência conforme lhe convir. Alessandro BARATTA⁹⁶, em outra brilhante lição refere que “a opinião pública, entendida no sentido de ‘comunicação política de base’, é portadora da ideologia dominante, que legitima o sistema penal, perpetuando uma imagem fictícia dominada pelo mito da igualdade”.

Não se pode olvidar que os meios de comunicação de massa não interagem com o público para formar a opinião pública, mas simplesmente calcam nas mais variadas abordagens, o que querem que seja aceito pela sociedade. A autora Ana Lúcia Menezes VIEIRA⁹⁷, que trata com muita propriedade do tema, refere que:

“Essa característica da comunicação mediada – num só sentido, sem resposta imediata do receptor da mensagem – torna possível ao meio informativo impor seu modo de ver o fato, sua visão da vida e das coisas, sua opinião, manipulando e controlando a informação. Ora, a massa que tecnicamente não pode manter diálogo com a mídia absorve a notícia que é difundida de forma instantânea ou rápida e seus integrantes não têm tempo de formar uma opinião individual. Surgem, conseqüentemente, opiniões que são coletivas e, muitas vezes, estereotipadas”.

⁹⁵ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Op. Cit.* p. 56.

⁹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Op. Cit.* p. 204.

⁹⁷ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Op. Cit.* p. 58.

A massificação da informação, transmitida à exaustão e sem incentivar a análise crítica por parte do corpo social, facilita a imposição de ideologias e de falsas verdades que são assimiladas e depois reproduzidas como se representassem a real opinião da sociedade. É com razão de ser que Eugenio Raúl Zaffaroni denomina os meios de comunicação como fábrica de realidade. A mídia constrói uma opinião conforme lhe convém, escolhendo um acontecimento social e adequando-o aos seus interesses, transmitindo em seguida à grande massa de receptores, que por sua vez a recebem e passam a acreditar na sua veracidade. Como refere a autora Ana Lúcia Menezes VIEIRA⁹⁸:

“... a imprensa, após selecionar aquele fato que entende ser mais relevante, transforma-o em acontecimento procurando chamar a atenção do grande público: comenta-o detalhadamente, classifica e julga os atores do crimes, e a opinião pública reage exigindo a condenação, como forma de justiça. Interagindo, o meio informativo divulga a opinião pública – exigência de justiça por ela mesmo incitada, contra o infrator da lei”.

Por óbvio se pode concluir que a opinião pública é produto de construção da mídia, que se utiliza de várias técnicas e difunde na sociedade, diretamente ou através de meta-mensagens, seus interesses políticos e exerce seu controle social. Interessante colocação é feita neste sentido por parte de Diego Ayres CORRÊA⁹⁹ que afirma que a atual metodologia de transmissão de informação pelos meios de massa assemelha-se muito à técnica comunicacional do *Reich* nazista, implantada pelo titular do Ministério da Educação do Povo e da Propaganda, Joseph Goebbels, sintetizável na sórdida ideologia de que uma informação não condizente com a realidade, se for repetida um número infinito de vezes, inevitavelmente virá a ser considerada como correta ou verdadeira.

Assim o medo e o caos, a insegurança e a dominação da violência compõem uma realidade construída pela mídia e transmitida à sociedade, que de tanto ser repetida passa a ser admitida como verdadeira. É interessante se observar que a visão da realidade criada pela mídia e inculcada na sociedade em geral, encontra respaldo e se reproduz na grande massa¹⁰⁰. Como bem afirma Eugenio Raúl

⁹⁸ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Idem*.

⁹⁹ CORRÊA, Diego Ayres. *Op. Cit.* P. 242.

¹⁰⁰ A autora Silvia Leser de Mello cita em seu artigo, a preocupação de Freud com os fenômenos de massa e seus aspectos psicossociais: “...O indivíduo integrado em uma massa experimenta, sob a influência da mesma, uma modificação, às vezes muito profunda, de sua atividade anímica. Sua afetividade intensifica-se extraordinariamente e, em troca limita-se notavelmente sua capacidade intelectual. Ambos os processos tendem a igualar os indivíduos com os demais da multidão, objetivo que só pode ser obtido pela supressão das inibições particulares de cada um e a renúncia às

ZAFFARONI¹⁰¹ acerca da capacidade da mídia em criar estereótipos conforme sua necessidade:

“A capacidade reprodutora de violência dos meios de comunicação de massa é enorme: na necessidade de uma criminalidade mais cruel para melhor excitar a indignação moral, basta que a televisão dê exagerada publicidade a vários casos de violência ou crueldade gratuita para que, imediatamente, as demandas de papéis vinculados ao estereótipo assumam conteúdos de maior crueldade e, por conseguinte, os que assumem o papel correspondente ao estereótipo ajustem sua conduta a estes papéis”.

Este é um círculo vicioso que se repete a cada dia, sendo que à classe dominante e às grandes corporações que controlam a mídia, é interessante, para se obter maior lucro, que a população acredite que vive uma realidade de violência e insegurança, para que consuma cada vez mais os produtos que são vendidos como meio de assegurar uma vida tranqüila, longe da violência e do medo. Como afirma a professora Vera Regina Pereira de ANDRADE¹⁰², o poder da mídia legitima o sistema penal:

“A mídia passa a colonizar, com imensas vantagens, a função legitimadora historicamente desempenhada pela Criminologia positivista – e o conjunto das Ciências Criminais – operadas com o mesmo senso comum, criminologicamente modelado, na dimensão do ‘espetáculo’ de amplíssimo alcance. Sobretudo a mídia televisiva, barbarizando a sua programação com a criminalidade convertida em *show* – do qual o Programa Linha Direta é um dos referentes mais repugnantes – prodigaliza, a um só tempo, a cultura do ‘medo’ do crime e do sentimento de insegurança e a indignação contra os criminosos, contribuindo para fortalecer a ideologia penal e radicalizar a separação entre o bem e o mal, ‘nós’ e os outros – *outsiders* – contra os quais, ‘naturalmente’ toda reação social, do aplauso ao extermínio, passa a ser válida”.

Sem receio de errar, se pode afirmar que a opinião pública que reproduz o discurso do aumento da criminalidade, da violência e da necessidade de um sistema penal mais amplo e rigoroso, é fruto da estratégia imposta pela mídia para exercer o controle social e impor sua ideologia e seus interesses, transformando a sociedade em geral em operários do sistema.

É interessante se observar como a mídia atua na produção criminal: para impor os seus interesses para toda a sociedade de um modo geral, ela cria uma situação de medo e de caos social, fazendo todos acreditarem que vivem em total insegurança e que o crime está à solta e bate à porta de suas casas. Assim, faz a

modalidades individuais e pessoais das tendências.” (MELLO, Silvia Leser de. **A cidade, a violência e a mídia**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6. n. 21, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. P.190).

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Op. Cit. P. 131.

sociedade acreditar que o crime é o mal maior e que há necessidade de se cobrar das autoridades (Executivo, Legislativo e Judiciário), um rigor maior no trato da questão penal, fazendo também a sociedade se cercar de cuidados e apetrechos variados para se proteger. Com este clamor público criado pela mídia, novas condutas são incriminadas, as penas de prisão são exacerbadas, aumenta-se o rigor na execução da pena de prisão e os meios de comunicação têm novamente uma fartura de matérias e notícias para alimentar o gigante punitivo, como refere Vera Regina Pereira de Andrade. A sociedade acaba por fim agindo como o cão, que corre atrás de seu próprio rabo para atacá-lo.

A máxima de que o homem é o lobo do homem nunca teve tanta razão de ser, e o papel da mídia em fomentar esta voracidade nunca esteve tão acentuada. Apesar da figura de linguagem utilizada, o modo de agir das sociedades modernas é reconhecida por Claude Lévi-Strauss, citado por Jock YOUNG¹⁰³ como sendo antropeômica, ao passo que “elas vomitam os desviantes, conservando-os fora da sociedade ou encerrando-os em instituições especiais no interior de seus perímetros”.

Jock Young faz interessante análise sobre a sociedade em sua obra “A sociedade excludente” (2002), e também faz uma avaliação da atuação dos meios de comunicação de massa na sociedade moderna. Quando fala o autor sobre a demonização e a fabricação de monstros, refere-se sobre o papel da mídia nesta construção, onde “nós” somos sempre melhores e mais perfeitos que os “outros”, que são os monstros¹⁰⁴. Refere ainda Jock YOUNG¹⁰⁵ que “os meios de comunicação de massa desempenham um papel central na demonização: eles perseguem o desviante muito à frente da polícia, acusando-a freqüentemente de lidar inadequadamente com o caso. O sistema de justiça criminal fica assim na defensiva, em vez de estar num papel moral empreendedor”.

É interessante se observar como a sociedade atual faz sua análise do “outro”, daquele que tem a conduta desviante, e mais interessante ainda se observar como a

¹⁰² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Op. Cit.* P. 61.

¹⁰³ YOUNG, Jock. *Op. Cit.* p.91.

¹⁰⁴ “Na perspectiva da Psicologia Social, ou reconhecemos no outro um semelhante, e nesse caso conferimos a ele os mesmos atributos de humanidade que encontramos em nós, ou não reconhecemos no Outro um semelhante. Para as classes dominantes é difícil reconhecer um igual nas personagens da pobreza”. (MELLO, Silvia Leser de. *Op. Cit.* P.192).

¹⁰⁵ YOUNG, Jock. *Op. Cit.* P. 171.

mídia exerce papel de referência na construção deste estereótipo.¹⁰⁶ Nossa sociedade é consumista, tudo se vende e tudo tem seu preço e “nós”, que podemos adquirir estes bens de consumo, constituímos a sociedade que acha que domina, mas que a bem da verdade, é dominada e manipulada pela força do dinheiro, do consumo e do ideal de sempre ter mais. O “outro” é aquele que pode ter as mesmas aspirações que “nós”, mas que não tem oportunidade de calcar o mesmo caminho, por razões que queremos desconhecer. Como bem refere a autora venezuelana Rosa DEL OLMO¹⁰⁷:

“Por otra parte, en sociedades de crecimiento acelerado como la nuestra, las expectativas de los individuos aumentan y los bienes materiales que en otra época eran propiedad exclusiva de países o grupos más ricos, entran en el margen de metas de las masas sin un aumento real y verdadero de las oportunidades concretas de lograr esas expectativas”.

Dentro desta realidade onde o consumismo é propalado aos quatro ventos, aumentando as expectativas individuais, sem contudo serem dados os meios de obtenção destes bens, o Estado deixa de ser de empreendedor de oportunidades iguais a todo o corpo social para se tornar um potencializador das desigualdades, pois como afirma Alessandro BARATTA¹⁰⁸, “quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo.” Nesta realidade de desigualdade, a mídia ainda se encarrega de explorar e dramatizar o cotidiano, construindo no dizer de Vera Regina Pereira de ANDRADE¹⁰⁹, “um imaginário social amedrontado”. Como ainda refere a professora, “à mídia incumbe acender os holofotes, seletivamente, sobre a expansão da criminalidade e firmar o jargão da necessidade de segurança pública como o senso mais comum do nosso tempo”.

¹⁰⁶ Jock Young afirma em sua obra que a sociedade moderna exclui grupos com valores alternativos simplesmente porque não tinham os valores do *establishment*. “Ela abominava a pluralidade e substituíva valores relativos por absolutismos de padrões. Os padrões da classe média eram ‘normais’, ‘eles’ são anormais: ‘nós’ falamos inglês vernáculo, ‘eles’ são analfabetos, ‘nós’ vivemos em família nucleares, a família ‘deles’ não tem estrutura, ‘nós’ tomamos uísque como recompensa por um longo dia de trabalho, ‘eles’ tomam substâncias ilegais devido à sua pobre estrutura de caráter e seu lamentável hedonismo. Nossa agressão era normal e desejável: machões robustos se perfilavam para receber medalhas durante as guerras, aos passos que mutilações e violências parecidas cometidas fora das linhas santificadas resultavam em machões robustos vagamente semelhantes, perfilados para iniciar uma terapia prolongada, para controlar sua agressividade. Nós tínhamos heróis, eles, psicopatas; nós tínhamos empreendedores, eles, ladrões”. (Op. Cit. P. 97-98).

¹⁰⁷ DEL OLMO, Rosa. **Ruptura criminológica**. Caracas: Universidad Central de Venezuela: Ediciones de la Biblioteca, 1979. p. 34.

¹⁰⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal**. Op. Cit. P. 206.

¹⁰⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. P. 24.

Neste contexto de medo e insegurança, fica fácil se divulgar que a prisão daquele que praticou uma conduta desviada do comportamento comum e padrão, tipificada como crime, é necessária. É opinião comum dentro da sociedade que o criminoso deve ser excluído da convivência social o mais rápido possível, para que assim a sociedade-vítima não mais tenha que conviver com seu algoz, olvidando-se contudo que este algoz é vítima da própria sociedade e do seu sistema antropológico referido por Levi-Strauss.

Justificar-se portanto, que a prisão preventiva, sem formação de culpa, de um suposto autor de crime, se faz necessária para garantir a ordem pública, fica bastante fácil de ser admitida, encontrando eco na sociedade. Dentro desta realidade de medo e de insegurança construída pela própria sociedade e potencializada pelos meios de comunicação em massa, a falsa idéia de que excluir o desviante da convivência social restringindo-o ao confinamento sem condenação constitui também um falso alívio imediato ao pensamento coletivo. Se não há justificativa para a prisão preventiva nos demais requisitos expressos na lei, quais sejam, para assegurar a aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução criminal, sempre há guarida ao sentimento popular antropológico na prisão para a garantia da ordem pública. Como se pode observar, a ordem pública não deixa de ser um ideário consumido diariamente por todos, em oposição ao caos de medo e insegurança que nos é mostrado pela mídia, onde o crime é a realidade.

O papel da mídia na formação do conceito de ordem pública para o fim de justificar a prisão preventiva, se pode afirmar que é talvez a única fonte de formação da opinião pública e conseqüentemente da expansão da comoção social. Como conclui Diego Ayres CORRÊA¹¹⁰, ao passo que certos atos delitivos obtêm repercussão na mídia, são despertados os sentimentos passionais da coletividade a ponto de causarem comoção ou pavor social, que atuam como subterfúgios para ações políticas criminalizadoras ou ampliadoras da repressão, e por quê não dizer também, justificadoras da segregação provisória. Há que se ter consciência de que a mídia continuará exercendo este papel manipulador de opiniões, para justificar assim o discurso político que lhe interessa, e a única forma de deixar de ser marionete

¹¹⁰ CORRÊA, Diego Ayres. *Op. Cit.* P. 246.

deste teatro, é passar a discutir a criminologia de forma mais ampla, como bem conclui o brilhante Alessandro BARATTA¹¹¹:

“Se se pensa na importância destes mecanismos, operantes dentro da opinião pública, para a legitimação do sistema penal e a produção dos seus efeitos diretos e indiretos, e se se observa, ainda, o quanto a classe operária, no que se refere à representação da criminalidade e do sistema penal, é subordinada a uma ideologia que corresponde aos interesses das classes dominantes, se compreenderá quão essencial é, para uma política criminal alternativa, a batalha cultural e ideológica para o desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo do desvio e da criminalidade. Trata-se, também, neste terreno como em tantos outros, de reverter as relações de hegemonia cultural, como um decidido trabalho de crítica ideológica, de produção científica, de informação. O resultado deve ser o de fornecer à política alternativa uma adequada base ideológica, sem a qual ela estará destinada a permanecer uma utopia de intelectuais iluministas. Para este fim é necessário promover sobre a questão criminal uma discussão de massa no seio da sociedade e da classe operária”.

7. O conceito de ordem pública segundo a jurisprudência brasileira

O problema da conceituação de ordem pública tratado na teoria é também vivenciado na prática, sendo que uns dão um conceito mais amplo, outros mais restrito, admitindo ou negando a prisão preventiva. A verdade é que não existe nem na teoria nem na prática, representada em parte pela jurisprudência, uma conceituação satisfatória para um tema tão importante e que decide sobre a restrição ou não da liberdade individual.

Os Tribunais brasileiros tratam da prisão preventiva sob as mais variadas óticas, sendo concordes, contudo, de que se trata de medida excepcional dentro do Estado Democrático de Direito. Também todos concordam em que o decreto de prisão preventiva deve ser fundamentado¹¹², não bastando somente menção aos

¹¹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica ao Direito Penal**. Op. Cit. P. 205.

¹¹² *Prisão preventiva – Fundamentação – As decisões do poder judiciário devem ser fundamentadas (CF, art. 93, IX)*. “Fundamentar significa indicar o fato (suposto fático); daí decorre a norma jurídica (dispensável a indicação formal). No caso de prisão preventiva, individualização da conduta que evidencie a necessidade de prisão cautelar. Especificamente, ofensa à ordem pública, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”. (STJ – RHC 3169-5 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 15.05.95).

“Sendo atualmente a prisão provisória gravíssima restrição do sagrado e constitucional direito de liberdade, é uma medida de caráter excepcional e que não mais existe como de aplicação obrigatória no Direito Penal pátrio, razão pela qual, para a sua decretação, é imprescindível que fique demonstrado de modo claro e absoluto a necessidade do confinamento do agente acusado ou mesmo condenado pela prática do crime, isto é, que estejam objetivamente presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, sob pena de se transformar em abuso ao direito individual e constitucional da liberdade de ir, vir e ficar.” (STJ – HC – Rel. Fláquer Scartezini – RT 728/499).

seus elementos ensejadores. A situação fática deve justificar em concordância com os termos da lei, a segregação provisória, sem culpa formada. É também pacífico nos Tribunais brasileiros que a prisão preventiva é admitida mesmo antes da instauração da ação penal, ou seja, durante o inquérito policial¹¹³. Há que se ver com ressalvas tal entendimento, visto que para a decretação da prisão preventiva se exige a prova material do crime e indícios suficientes de autoria, o que também, segundo a lei processual penal, é exigido para o oferecimento de denúncia criminal.

O que se deve ter em mente é que as hipóteses de decretação da prisão preventiva são restritas, quais sejam, para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, pela conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal. Nestas duas últimas as hipóteses de ocorrência também são limitadas, tratando-se de casos em que o autor de crime procura influir na instrução seja coagindo testemunhas ou qualquer parte no processo, subornando peritos, etc., ou quando o autor de crime foge ou evidencia que está prestes a deixar o distrito da culpa. O problema é na primeira hipótese, tratada neste trabalho, quando a prisão preventiva é decretada para garantir a ordem pública.

No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal¹¹⁴, é pacífico o entendimento de que os bons antecedentes e residência fixa do indivíduo

¹¹³ *Prisão preventiva – Decreto anterior à conclusão do inquérito policial – Admissibilidade – Aplicação do art. 311 do CPP – Habeas corpus – Processual penal – Prisão Preventiva.* “A prisão preventiva, segundo se depreende do art. 311 do CPP, poderá ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, inclusive mediante representação da autoridade policial. Recurso de habeas corpus improvido”. (STF – RHC 65.001-5 – Rel. Célio Borja – DJU 8.5.87 – RT 619/386). *Processual penal – Recurso em habeas corpus – Prisão preventiva – Fundamentação suficiente – Inexistência de inquérito policial – Irrelevância.* “A falta de inquérito policial não impede a decretação da custódia cautelar, desde que fundamentada em peças informativas da existência do crime e indícios de autoria apresentados pelo órgão acusatório. Suficientemente fundamentado e tendo em conta a gravidade das alegações, descabe argüir a invalidade do decreto de prisão provisória. Recurso conhecido, mas improvido”. (STJ – RHC – 3682 – Rel. Anselmo Santiago – DJU 7.11.94).

¹¹⁴ *Prisão preventiva – Comprovação da necessidade de sua decretação – Decisão fundamentada – Motivação idônea que encontra apoio em fatos concretos – Legalidade da decisão que decretou, no caso, a prisão cautelar – Primariedade e bons antecedentes da acusada – Possibilidade, mesmo assim, de decretação da medida cautelar de constrição da liberdade individual – Recurso improvido.* *A prisão preventiva constitui medida cautelar de natureza excepcional.* “A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR FINALIDADE PUNIR, ANTECIPADAMENTE, O INDICIADO OU O RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o

supostamente autor de crime, não são impeditivos da decretação de sua prisão preventiva, desde que esta se justifique por outros elementos fáticos e jurídicos¹¹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1995, conceituou ofensa à ordem pública consignando que: *“A ordem pública resta ofendida quando a conduta provoca acentuado impacto na sociedade, dado ofender significativamente os valores reclamados, traduzindo vilania do comportamento.”* (STJ – RHC 3169-5 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 15.05.95, p. 13.446). Em outro caso, já no ano de 2003, onde se tratava de tortura com resultado morte praticada por agentes penitenciários, o mesmo Tribunal justificou a prisão preventiva para garantia da ordem pública porque *“entendeu-se, assim, necessária a custódia na medida que o delito em questão ganhou repercussão de contorno internacional, colocando em xeque todo o aparelho prisional brasileiro. Na espécie, a garantia da ordem pública se revela na intenção do Estado em demonstrar à sociedade que não tolera atos dessa natureza, principalmente, se praticados, teoricamente, por seus agentes.”* (STJ – HC 33737 – Rel. Jorge Scartezini – DJU 01.07.2004.)

Também tem decidido o Superior Tribunal de Justiça que a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública se justifica para assegurar a credibilidade da Justiça e para acautelar o meio social. Também como refere Alberto

princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DA ACUSADA. - Revela-se legítima a prisão preventiva, se a decisão, que a decreta, encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que - além de se ajustarem aos fundamentos abstratos definidos em sede legal - demonstram que a permanência em liberdade da suposta autora do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES DA RÉ. - A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar, pois os fundamentos que autorizam a prisão preventiva - garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312) - não são neutralizados pela só existência daqueles fatores de ordem pessoal, notadamente quando a decisão que ordena a privação cautelar da liberdade individual encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que se ajustam aos pressupostos abstratos definidos em sede legal. Precedentes.” (STF – HC 81395 – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T. – DJ 15.8.2003).

“Fatores como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida não bastam para afastar a possibilidade de prisão preventiva quando esta é ditada por qualquer das razões previstas no art. 312 do CPP.” (STF – RHC – Rel. Sydney Sanches – RT 643/361).

¹¹⁵ “Não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de *habeas corpus*, a ordem de custódia preventiva cujo teor contém fundamentos suficientes, demonstrativo da presença de uma das circunstâncias inscritas no art. 312 do CPP.” (STJ – RHC 7402 – Rel. Vicente Leal – DJU 1.6.98).

Silva FRANCO¹¹⁶, “decisões de segunda instância e até do Colendo Pretório, dão conta de que a prisão cautelar se impõe como ‘garantia de ordem pública’, quando o fato criminoso executado provoca clamor público, em virtude de sua gravidade ou em razão da periculosidade do agente”.

Alguns entendem que a ordem pública deve ser garantida quando o crime praticado gera clamor¹¹⁷ ou temor público, gerando uma sensação coletiva de insegurança, o que ocorre geralmente quando o crime praticado é grave¹¹⁸. O Supremo Tribunal Federal está decidindo que o simples clamor público não justifica a prisão preventiva¹¹⁹, assim como a consideração apenas da gravidade do delito¹²⁰.

¹¹⁶ FRANCO, Alberto Silva Franco. *Op. Cit.* P. 332.

¹¹⁷ *Prisão preventiva – Constrangimento ilegal – Custódia embasada no clamor público e abalo na ordem pública decorrentes da lentidão na tramitação do feito – Circunstância que não enseja a segregação cautelar, ainda mais se esta já fora indeferida anteriormente, por inexistirem motivos que a legitimassem – Liberdade do acusado que em nada influiu para o atraso do feito – Insuficiência do fato de se tratar de crime contra a Administração Pública, ainda que grave, para demonstrar a necessidade da medida – Habeas Corpus concedido.* “Não se pode falar em clamor público e em abalo na ordem pública, a ensejar prisão preventiva, pelo atraso na tramitação do processo se a liberdade do acusado em nada influiu para tal, nem sua prisão poderá sanar a demora, ainda mais quando a custódia cautelar já fora indeferida anteriormente, por inexistirem motivos que a legitimassem. Há outras providências a cargo dos órgãos judiciais muito mais eficazes para esse tipo de problema. Ademais, a circunstância de se tratar de crime contra a Administração Pública, ainda que grave, não basta para demonstrar a necessidade da prisão cautelar”. (TJSP – HC 94.204-3 – Rel. Luiz Betanho – RT 659/271).

¹¹⁸ *Prisão preventiva – Decretação contra autor de latrocínio – Despacho não suficientemente fundamentado, cingindo-se à gravidade do delito, ao clamor social e à necessidade de garantir a aplicação da lei penal – Constrangimento ilegal configurado – Paciente, ademais, menor e primário, com residência fixa e emprego certo – Habeas corpus concedido – Inteligência do art. 312 do CPP.* “A gravidade do delito, por si só, não basta para fundamentar a decretação da prisão preventiva, ainda que nele se aluda à necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. É imprescindível a demonstração da necessidade de que a ordem pública se veja ameaçada com a liberdade do acusado”. (TJSP – HC 43.044-3 – Rel. Nogueira Garcez – RT 608/325).

¹¹⁹ *Prisão Preventiva - Excepcionalidade.* “Ante o princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos, especialmente aqueles prontos a colaborar com o Estado na elucidação de crime. **PRISÃO PREVENTIVA - LEI Nº 9034/95 - MAGNITUDE DA LESÃO - MEIO SOCIAL - CREDIBILIDADE DO JUDICIÁRIO** - A magnitude da lesão é elemento do tipo penal, sendo neutra para efeito de segregação preventiva. O clamor social, na maioria das vezes a envolver visão apaixonada, não serve ao respaldo da custódia precária e efêmera, o mesmo devendo ser dito quanto ao prestígio do Judiciário, a quem incumbe, independentemente de fatores técnicos, da capa do processo, da repercussão do crime, guardar a mais absoluta equidistância, decidindo à luz da ordem jurídica”. (STF – HC 82909 – Rel. Min. Marco Aurélio – 1ª T. – DJ 17.10.2003).

¹²⁰ *Habeas-corpus substitutivo de recurso ordinário. Prisão Preventiva. Requisitos: ausência.* “1. Conveniência da instrução criminal. A mera afirmação de que o paciente influiria nas investigações, sem elementos concretos que a comprove, não constitui fundamento idôneo à decretação da prisão cautelar. 2. Necessidade de preservação da ordem pública. É insuficiente o argumento de que esse requisito satisfaz-se com a simples assertiva de clamor público em razão da hediondez do fato delituoso e da sua repercussão na comunidade, impondo-se a medida constitutiva de liberdade sob pena de restar abalada a credibilidade do Poder Judiciário. 3. Garantia da aplicação da lei penal. A circunstância de o paciente ter fugido após a consumação do crime não significa que pretenda furtar-se à sanção penal que eventualmente lhe for aplicada, já que, decorridos cinco dias do fato delituoso,

Se pode vislumbrar que no direito brasileiro, como a lei processual penal não faz uma definição objetiva do conceito de ordem pública, esta é construída ainda sem muita preocupação pela doutrina, mas principalmente pela jurisprudência, pela *praxis* jurídica. Apesar do tema ser recorrente, não há um consenso na conceituação da ordem pública, ficando assim, ao sabor de influências sensacionalistas e de opiniões públicas infundadas em sua generalidade, o que representa clara afronta ao princípio da segurança jurídica. Como o conceito é muito influenciado por opiniões pessoais, que por sua vez refletem a opinião pública (ou publicada, como se viu), há uma fluidez muito grande, uma imprecisão objetiva que põe em cheque o próprio Estado Democrático de Direito.

8. A prisão preventiva avaliada pela Criminologia Crítica

Em complemento às análises já feitas durante outros tópicos deste trabalho, onde se buscou sempre uma visão criminológica trazida por vários autores como Alessandro Baratta, Eugenio Raúl Zaffaroni, Raúl Cervini, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Vera Regina Pereira de Andrade, dentre outros, é interessante se focar a prisão preventiva de modo mais atencioso segundo a visão da Criminologia Crítica, sem se pretender abarcar toda a gama de discussões que o tema suscita, mas buscando contextualizar alguns apontamentos importantes que incitam um questionamento mais crítico sobre a prisão preventiva.

Não se pode negar que o instituto da prisão preventiva, por representar restrição à liberdade individual sem a imposição de pena, é medida excepcional dentro de um sistema penal que presume a inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ensejando questionamentos acerca inclusive de sua constitucionalidade. Como se demonstrou, a prisão preventiva exige a existência de prova material do crime e indícios suficientes de autoria para ser decretada, justificando-se somente ante a demonstração no processo penal de que é necessária para garantir a ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal ou pela conveniência da instrução criminal.

compareceu perante a autoridade policial e confessou a autoria, permanecendo no distrito da culpa durante cinquenta dias, quando foi decretada a sua prisão preventiva. 4. O caráter hediondo do crime não consubstancia motivo suficiente à adoção da prisão preventiva automática, de muito abolida do

Como bem refere o autor Alberto Silva FRANCO¹²¹ “não se pode negar que a prisão cautelar ‘por conveniência da instrução criminal’ e ‘para asseguração da aplicação da lei penal’ se apresenta, numa perspectiva inicial, em harmonia com a Constituição”, não se podendo afirmar o mesmo quanto à prisão preventiva para a garantia da ordem pública. A carta constitucional brasileira de 1988, que iniciou uma era de respeito à cidadania e de garantias individuais, consigna expressamente no art. 5º, inciso LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo que a prisão só é imposta como pena após a constatação da autoria e da materialidade de um crime. A prisão preventiva decretada somente como garantia da ordem pública, não deixa de ser uma antecipação da pena que se vislumbra aplicar ao final do processo, não se justificando com fundamento no processo penal em si.

Dentro deste aspecto se vislumbra que quando o fim do processo, que é a imposição de pena e a sua execução, está sendo ameaçado de frustrar-se, seja pela fuga do autor do crime ou pela ingerência deste na produção das provas, é possível justificar sua prisão cautelar como meio de se assegurar o regular andamento do processo penal, garantindo-se assim a imposição final de pena. Tratando da prisão preventiva, Winfried HASSEMER¹²² também afirma que esta somente se justifica para assegurar o processo e a execução da pena:

Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva de manera exclusiva de tales intereses de aseguramiento: hacer posible un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales. Esto justifica los *fundamentos de la detención* basados en la fuga, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, y sólo éstos.

Se identifica claramente, como também refere Alberto Silva Franco, que a prisão preventiva pela conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal tem fundamento objetivo de ser e um fim a cumprir, mas o mesmo não se pode dizer acerca da prisão preventiva para garantir a ordem pública.

Como se demonstrou, este conceito é poroso, absorve as mais variadas interpretações e não traduz um conceito seguro. Quando se admite uma

sistema processual penal brasileiro. Habeas-corpus deferido”. (STF – HC 82446 – Rel. Min. Maurício Correa – 2ª T. - DJ 12.9.2003).

¹²¹ FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.* p. 331-332.

¹²² HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* p. 110.

interpretação subjetiva, carregada de juízos individuais de valores, se põe em xeque toda uma construção de garantias individuais e de legalidade dentro do sistema penal e processual penal.

Na conceituação de prisão preventiva para garantir a ordem pública se faz uma avaliação, um juízo de valor em relação ao autor do crime, numa franca idealização do que pior existe em um Direito Penal do autor. A vida social do autor do crime, seus antecedentes e a possibilidade de vir a praticar novos crimes¹²³ são avaliados para se decidir sobre a necessidade ou não de sua prisão provisória. Neste aspecto que compõe a conceituação da ordem pública que se quer garantir, se verifica que dentre as classes mais pobres e baixas da população, é fácil se justificar a prisão preventiva de um autor de crime, pois como afirma Loïc WACQUANT¹²⁴, “a guerra contra a pobreza foi substituída por uma guerra contra os pobres, bode expiatório de todos os maiores males do país”. O autor de crime que vive na favela, não tem emprego fixo, não consegue sequer comprovar seu endereço, que não estudou, que está excluído do mercado formal de trabalho e que por vezes não possui qualquer documento de identificação pessoal, é presa fácil para o encarceramento provisório sob o embuste de que em liberdade provoca abalo na ordem pública.

Também refere Maria Lúcia KARAM¹²⁵ que “a prisão produz, hoje, um setor de marginalização social e tem importantes funções na manutenção e reprodução da formação social capitalista”. Segue a autora afirmando que a construção da imagem do criminoso se dá a partir do perfil daqueles que freqüentam e lotam as prisões, os quais são selecionados nas camadas mais baixas e marginalizadas da população.

Não há como não se questionar a seletividade com que o Direito Penal atua, o que se evidencia ainda mais quando se trata da prisão preventiva. Os processos que definem sobre a atribuição da qualidade de desviante ou de criminoso sujeitam-se antes de tudo, a esferas não oficiais de controle social, como se referiu

¹²³ A consideração da possibilidade de que o autor de crime venha a praticar novos delitos justifica a prisão preventiva para garantia da ordem pública segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido é o acórdão: *Processual penal – Habeas corpus – Art. 14 da Lei n.º 10.826/2003. Prisão Preventiva – Garantia da ordem pública*. “A decisão que motiva a medida constritiva para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, considerando a real possibilidade da prática de novos delitos, mostra-se devidamente fundamentada. (Precedentes.) Writ denegado.” (STJ – HC 34092 – Rel. Min. Félix Fischer – DJU 01.07.2004 – P. 243).

¹²⁴ WACQUANT, Loïc. *Op. Cit.* p. 24.

¹²⁵ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias. Op. Cit.* p. 185.

anteriormente, e que são exercidas pela sociedade em geral. A definição do desvio ou do comportamento desviante é construída pelo senso comum, ou seja, pela reação social. Alessandro BARATTA¹²⁶ é quem trata muito bem sobre o tema, e invocando Kitsuse conclui que “não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre “normal” e “desviante”, mas somente a sua *interpretação*, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado”. Observa-se bem como a opinião pública consensual é quem “etiqueta” uma conduta ou cria um estereótipo de criminoso e posteriormente trata de exercer ainda uma reação social sobre esta conduta e sobre o seu autor.

Vera Regina Pereira de ANDRADE¹²⁷ esclarece que “o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção”. A seleção das condutas e dos autores é distribuída de forma desigual entre as classes sociais, incidindo de forma mais acentuada em relação às classes mais pobres do que sobre as mais ricas, demonstrando que o sistema penal é desigual e se vale para manter, reproduzir e perpetuar o estado de desigualdade social e o sistema de poder imperante. Segundo Alessandro BARATTA¹²⁸, “sob a crise de ordem pública em certos países, e a imagem que de tal crise é transmitida na opinião pública, se esconde uma estratégia capitalista que tende a produzir uma deterioração do Estado de direito e as condições para uma gestão autoritária do processo produtivo e da própria sociedade”. À mesma conclusão chega Maria Lucia KARAM¹²⁹:

“Levando à identificação das classes subalternas como classes perigosas e à ocultação de condutas e fatos socialmente mais danosos, leva, ainda, à separação dos apenados de suas próprias classes de origem, voltando-os contra elas e, ao mesmo tempo, desviando a atenção dessas classes de seus inimigos estruturais.”

Atuando o sistema penal de forma seletiva, colhendo dentro das camadas mais pobres da sociedade aqueles sobre os quais recairá todo o controle penal, a prisão representa seu maior ícone e é imposta aos escolhidos, na maioria das vezes,

¹²⁶ BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.94.

¹²⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Op. Cit.* p. 41.

¹²⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal. Op. Cit.* p. 195.

como antecipação de pena e de sofrimento. “A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão”, como bem aponta Eugenio Raúl ZAFFARONI.¹³⁰

A prisão provisória, determinada antes da imposição de uma condenação, traz consigo todos os estigmas da prisão pena, antecipando o sofrimento e expondo o indivíduo e a própria sociedade ao papel intimidatório da prisão. O abuso na utilização das variadas modalidades de prisão provisória, mormente da prisão preventiva, tem aumentado de maneira considerável a população de encarcerados provisórios que sequer têm a certeza do tempo a seu favor. É interessante se observar que com base na lei processual penal brasileira, a prisão preventiva somente é admitida aos crimes que ao final imponham uma pena privativa de liberdade, ou seja, aos crimes que o legislador reputa mais graves, que são os crimes visíveis na linguagem utilizada por Francisco BISSOLI FILHO¹³¹, que ainda refere:

“Embora esteja premido pelo princípio da igualdade formal, diante da elevada discricionariedade do poder legiferante, o legislador termina por cominar penas mais severas, tanto em espécie quanto em quantidade, a condutas criminosas afeitas aos seguimentos debilitados, diferentemente das penas cominadas a condutas afeitas às classes privilegiadas. Vê-se, assim, por exemplo, que há uma tendência do legislador em conferir tratamento mais rigoroso aos crimes visíveis e mais suave aos invisíveis, estes, obviamente, de maior incidência entre os segmentos empresariais e políticos.”

Neste diapasão se observa que os crimes visíveis são mais freqüentes entre as classes mais pobres, que são manipulados pelo sistema capitalista e neoliberal e não dispõem de oportunidades sociais. A perpetuação desta exclusão social caracterizada pela seletividade injusta do sistema penal e pela rotulação dos mais pobres no rol dos criminosos, cria uma separação social (*apartheid social*)¹³² que só faz aumentar a distância entre as classes sociais, ensejando um tratamento diferenciado a cada uma delas porque a classe privilegiada domina e controla a classe mais pobre. Sem medo de errar se pode afirmar que desta classe estigmatizada é que provém a clientela da prisão preventiva, que enche cadeias por este país afora. Poucos são os membros da classe mais rica que são sujeitos a esta

¹²⁹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. *Op. Cit.* p. 185.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. *Op. Cit.* p. 135.

¹³¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Op. Cit.* p. 80.

¹³² BISSOLI FILHO, Francisco. *Idem*.

realidade, sendo que os poucos que eventualmente são presos preventivamente ante a pressão social, como o juiz Nicolau dos Santos Neto e o deputado Sérgio Naia, são mostrados como exemplos de uma realidade falsa de que lei penal é para todos.

A prisão preventiva imposta com o fim de garantir a ordem pública não respeita o princípio da legalidade, visto que traduz um conceito vago, subjetivo e que abarca qualquer situação fática que se pretenda justificar. A fluidez do conceito pode ensejar interpretações que não se justificam em um estado democrático de direito, oportunizando excessos. Winfried HASSEMER¹³³ afirma que há necessidade de se impor limites normativos para esclarecer os pressupostos legítimos da prisão preventiva, em respeito assim, ao princípio da legalidade: “Sólo a partir de parámetros normativos es posible juzgar cuáles son los presupuestos legítimos de la prisión preventiva, dónde se encuentran sus límites, y si hoy en día estos límites estan siendo sobrepasados.”

Dentro de um Direito Penal democrático que respeita garantias individuais e princípios fundamentais do direito, a idéia de antecipação punitiva diante de um crime que causa clamor público, referido à exaustão como fundamento da ordem pública, representa uma incoerência. Aqui cabe consignar primorosa lição de Vittorio Grevi, citado por Alberto Silva FRANCO¹³⁴:

“A referência ao parâmetro do alarme social, de per si inidônea a justificar a restrição da liberdade do acusado em vista de fins coerentes à lógica do processo, dá espaço à valoração dos elementos emotivos e irracionais que, a nenhum título, deveriam influir sobre decisões a respeito da liberdade pessoal. Sobretudo a correlação que se pretenderia estabelecer entre alarme social e periculosidade do acusado, pressupondo uma concreta apreciação das reações da opinião pública frente à sua eventual permanência em liberdade, acaba por subordinar a adoção de medidas restritivas ao concurso de fatores – como os representados pela excitação e perturbação populares – não apenas estranhos às exigências processuais, e às próprias objetivas exigências da defesa social, mas também suscetíveis de fácil manipulação por obra de grupos de pressão interessados num determinado andamento do processo.”

No entendimento de que a liberdade individual de um autor de delito ofende e põe em risco a ordem pública, seja pela gravidade do fato ou pela possibilidade do agente incorrer em novas prática criminosas, tem-se uma verdadeira substituição do princípio da presunção da inocência pela presunção da periculosidade, corporificando um sistema injusto de etiquetamento. Infelizmente a idéia de um

¹³³ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* p. 105.

Direito Penal simbólico, onde a tipificação de condutas como criminosas e a seleção de indivíduos como seus autores, é manifestada como a solução aos mais variados problemas sociais e faz perpetuar a desigualdade e a injustiça.

A prisão preventiva não pode ter o condão de perseguir os objetivos próprios da pena de prisão, como francamente ocorre com a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública. Neste caso se impõe ao autor do crime uma antecipação de sua pena sem contudo existir a certeza da autoria do crime, buscando assim satisfazer ao anseio da sociedade em obter uma resposta rápida à prática do desvio. Com a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública somente, ocorre uma antecipação do efeito intimidativo da pena, passando assim esta modalidade de prisão cautelar, sem culpa formada, a exercer uma função de prevenção geral, tanto negativa quanto positiva. Neste sentido preceitua Winfried HASSEMER¹³⁵:

“De ello se sigue necesariamente que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material. La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de esse derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de um peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización sólo pueden ser ejecutados sobre una persona respecto de la cual el derecho penal se ha asegurado de sua culpabilidad en forma conforme al ordenamiento.”

A prisão preventiva como garantia da ordem pública funciona dentro do sistema penal como uma forma de satisfazer com rapidez os anseios da sociedade para expurgar do meio social o autor de delito e para assim se fazer crer que o Direito Penal soluciona rapidamente os conflitos sociais. Como bem acentua Maria Lúcia KARAM¹³⁶ “as nefastas e perversas fantasias, criadas em torno de delitos e de penas, fazem-nos esquecer destes outros estilos, embotam nossa imaginação, afastam nossa capacidade de solucionar conflitos, submetem-nos à monopolizadora, enganosamente satisfatória, violenta e irracional reação punitiva”.

Há tempos vem sendo demonstrado que o Direito Penal há que ser aplicado como *ultima ratio* e não como *prima ratio* como têm a mídia difundido, como solução aos mais variados problemas sociais. É importante se exercitar o raciocínio e a

¹³⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Op. Cit.* p. 334.

¹³⁵ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* p. 109-110.

¹³⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas.** *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 8, n. 29, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. P. 336.

crítica acerca dos conflitos sociais e assim se vislumbrar que existem vários outros meios de solução de embates sociais que não utilizando o Direito Penal. Exemplificando o que foi dito é bastante própria a lição de José Miguel Zugaldia Espinar, citado por Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA¹³⁷:

“A prevenção do delito pode lograr-se através dos mecanismos extra-penais. É paradigmático, neste sentido, um caso ocorrido na Inglaterra: as trabalhadoras de uma empresa situada fora de uma determinada cidade se viam obrigadas a ir trabalhar antes do amanhecer atravessando um longo descampado escuro. Os delitos de estupro dos que eram objeto muitas delas ocasionaram manifestações reclamando para os violadores a pena de morte. As violações se cortaram pela raiz, entretanto, iluminando o descampado de acesso ao lugar de trabalho”.

Semelhante orientação se pode tomar no que se refere à decretação da prisão preventiva para se assegurar a ordem pública. Existem várias outras medidas de cunho não penal que podem surtir os mesmos efeitos de se evitar que o suposto autor de delito venha a praticar novos crimes, para se acautelar o meio social e para garantir a credibilidade da Justiça. A prisão preventiva decretada para garantir a ordem pública ante a presunção de reiteração da prática delituosa¹³⁸ ou mesmo ante a gravidade do delito e ante a reação de clamor público, representa um modo de intervenção rápido e que somente diz respeito à reação social diante da criminalidade, como bem refere Winfried HASSEMER¹³⁹:

“El fundamento de la prisión de peligro de reiteración, pero también el ‘fundamento de la prisión’ de la gravedad del hecho, de ningún modo podrían ser explicados sin esta creencia: con el instrumento de la prisión preventiva se debe intervenir lo más rápido y decididamente que sea posible en crisis que no tienen que ver con el proceso penal mismo, sino con la criminalidad y con la reacción de la población frente a la criminalidad”.

A prisão preventiva de forma equivocada está sendo utilizada como forma de rapidamente dar uma resposta penal à população frente a prática de um delito, relegando-se ao esquecimento princípios fundamentais como o da presunção da inocência, da legalidade e da culpabilidade. Como conclui Winfried HASSEMER¹⁴⁰, “el verdadero punto de partida de una solución es admitir que el derecho penal y el derecho procesal penal no ‘solucionan’ o ‘eliminan’ los problemas de la criminalidad, sino que sólo pueden ‘elaborarlos’”.

¹³⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Op. Cit.* p. 45.

¹³⁸ Entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

¹³⁹ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* p. 115.

¹⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* p. 116.

Considerações Finais

A prisão dentro do processo penal exerce função acautelatória, busca assegurar a aplicação final da pena e garantir sua execução. No Código de Processo Penal brasileiro existem várias modalidades de prisão cautelar ou provisória, dentre as quais a preventiva é a de maior destaque. A prisão preventiva deixou de ser obrigatória após a Lei “Aniz Badra” e somente pode ser decretada se existir prova material do crime e indícios suficientes da autoria, para garantir a ordem pública, pela conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Como a regra no Estado democrático de direito é a liberdade e o respeito às garantias individuais, a prisão preventiva representa uma limitação a direitos individuais, pelo que somente pode ser decretada quando houver necessidade demonstrada pela situação fática e com observância dos requisitos legais. A prisão preventiva decretada pela conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal encontra respaldo na nova ordem constitucional brasileira ao passo que registra requisitos de ordem objetiva, justificando-se quando o autor de delito está colocando em risco a produção da prova no processo penal ou quando procura se furtar da aplicação da lei e da pena.

Já a prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública não possui razão de ser em si, visto que não exerce função acautelatória do processo nem busca garantir a aplicação final de uma pena, representando somente uma antecipação da pena-prisão e de seus efeitos intimidatórios.

A ordem pública é um conceito vago e fluido que aceita as mais diversas situações na composição de sua conceituação, ferindo assim os princípios da segurança jurídica e da legalidade. Se observou que tanto na doutrina quanto na jurisprudência o conceito de ordem pública é abstrato e subjetivo, sendo possível se justificar a decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública com base nos antecedentes do autor do delito, na perspectiva de reincidência do mesmo, no clamor social, na gravidade do delito e até para garantir a credibilidade da Justiça.

O conceito de ordem pública provém da construção de um ideal de paz social falso que é colocado pela mídia. Os meios de comunicação de massa também constroem a idéia de uma realidade social de medo, de caos, de violência e de

insegurança, incutindo na população que a solução de conflitos sociais está no Direito Penal. A mídia na verdade, somente se beneficia da histeria social que provoca, pois como visa lucro e como representa a classe dominante, pode exercer o controle social conforme lhe interessa. Os meios de comunicação de massa não incitam a crítica nem o questionamento, valendo-se de fórmulas prontas de reação social contra o delito, que é gerado no seio da sociedade etiquetadora de condutas e de pessoas e que tem sua fonte de preconceitos e de criação de estereótipos na própria mídia.

Os *mass media* se valem de métodos para inculpir na população seus interesses, criando um senso comum principalmente acerca de temas sociais relacionados com o Direito Penal. A mídia se vale de campanhas de desvalorização onde busca desmerecer valores sociais, campanhas maniqueístas onde busca separar o bom e o mau para eliminar o mau, campanhas de distração onde busca direcionar a atenção pública em fatos isolados para retirar o centro de interesse de questões políticas, econômicas ou sociais, campanhas conformadoras onde busca estigmatizar e rotular pessoas e comportamentos, e campanhas de lei e ordem, onde divulga um Direito penal simbólico, com rigor nas penas e aumento das condutas típicas. Todas estas formas de atuar da mídia formatam a opinião pública e manipulam o controle social.

A prisão preventiva em si é um mal ainda pior que a prisão pena, sendo que a falta de critérios objetivos na formulação do conceito de ordem pública enseja o uso abusivo deste meio de ingerência na liberdade individual, aliada ao estigma que o processo penal produz quando a mídia atua com a voracidade que lhe é peculiar.

A conclusão a que se chega é que a prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública exprime um conceito vago e impreciso, que se constrói ante a valoração subjetiva (ainda que coletivamente falando) do desvio. A sociedade além de rotular seletivamente condutas como crimes e pessoas como criminosas, ainda atua perversamente na antecipação do seu sofrimento para satisfazer seu sentimento antropeômico, onde o desviante não é reconhecido como um semelhante.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BACILA, Carlos Roberto. Aula proferida no ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, Curitiba, 07/11/2003.

BARATA, Francesc. **La violencia y los mass media**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 8. n. 29, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 255-267.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. **Fragmentos de um discurso sedicioso**. In Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 1, n. 1 (jan./jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p.69-77.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11, n. 42, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 242-263.

BATISTA, Nilo. **Os sistemas penais brasileiros**. In Verso e Reverso do Controle Penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. 1. Org. Vera Regina Pereira de Andrade. Florianópolis: Boiteux, 2002. p. 147-158.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et alii*. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do apartheid social**. In Verso e Reverso do Controle Penal. Org. Vera Regina Pereira de Andrade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 75-91.

BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAVALHEIRO NETO, Augusto. A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5039>. Acesso em: 30 jun. 2004.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Trad. Eliana Granja. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

CORRÊA, Diego Ayres. **Os meio de comunicação de massa e sua influência no desenvolvimento da histeria punitiva e na ampliação da tutela penal.** *In* Direito Penal & Criminologia. Curitiba: Juruá, 1991. p. 237-249.

DEL OLMO, Rosa. **Ruptura criminológica.** Caracas: Universidad Central de Venezuela: Ediciones de la Biblioteca, 1979.

ECO, Humberto. **Guerrilha semiológica.** *In* Viagem na irrealidade cotidiana. 9.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 4ª ed.rev., atual. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luis Flávio. **Criminologia.** 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico.** 3.ed.rev.e ampl. São Paulo: Rideel, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy.** 2.ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas.** *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 8, n. 29, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 331-350.

LEÃO, Paulo Roberto Dantas de. **Algumas considerações sobre as espécies de prisões provisórias no ordenamento jurídico-penal brasileiro.** Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal17.htm>. Acessado em 30 de junho de 2004.

LIBERATO, Povia; VILLAS BOAS, Marco. **Prisão Temporária.** 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1996.

MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, Silvia Leser de. **A cidade, a violência e a mídia.** *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6. n. 21, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 189-195.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. 2.ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 1999.

NAVES, Thiago Lopes Lima. **Prisão Provisória**. **Derecho Penal on line**. Disponível em www.derechopenalonline.com. Acessado em 30 de junho de 2004.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **Sociedade, mass media e Direito Penal: uma reflexão**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 10, n. 42, jan/mar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 175-187.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Prisão Preventiva, em sentido estrito**. In Justiça Penal: críticas e sugestões – Justiça Penal Moderna. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. Vol. 07. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 121-137.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. **Prisão temporária: uma interpretação conforme a Constituição da República**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 311, 14 mai. 2004. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 30 jun. 2004.

SODRÉ, Muniz. **A sedução dos fatos violentos**. In Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 1, n. 1 (jan./jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumarã, 1996, p. 207-214.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 1997.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Sobre a “janela quebrada”: contos sobre segurança vindos da América**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. n. 46, jan/fev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 228-251.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.