

PRISÃO PREVENTIVA: A IMPOSSIBILIDADE DE SE JUSTIFICAR O CÁRCERE PREVENTIVO PERANTE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O GARANTISMO PENAL

Breno Nascimento Pacheco*

Resumo: *Com o advento dos ideais libertários iluministas conquista-se uma série de garantias perante a opressão estatal. Constrói-se como modelo de estado ideal o chamado Estado Democrático de Direito. Entre as garantias conquistadas e caracterizadoras do modelo estatal anotado estão o princípio da presunção de inocência e a estrita submissão à jurisdição para imposição de sanção penal, atualmente previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em defesa de um Direito Penal que respeite as garantias conquistadas arduamente, eclodem teorias que procuram limitar, conter ou extinguir o poder punitivo estatal e impedir arbitrariedades. Garantismo, minimalismo e abolicionismo penal representam grupos de pensadores que se posicionam naquele sentido. Na garantia da efetividade do processo jurisdicional constrói-se o mecanismo da cautelar para impedir a frustração de seu possível resultado. No processo penal, a principal dessas medidas se manifesta através da prisão preventiva. Partindo em defesa da real observância dos princípios constitucionais com base nas doutrinas que procuram reduzir o poder de punir estatal em favor da liberdade individual, não se pode justificar a prisão como medida cautelar uma vez que, todos os argumentos arrolados até hoje para sustentar a validade do cerceamento não suportam um filtro rígido da presunção de inocência, proporcionalidade e estrita submissão à jurisdição.*

* Bacharel em Direito Pela Universidade Federal de Uberlândia, Advogado, professor de Direito Processual Penal e Direito Penal contratado na Universidade Federal de Uberlândia, especializando em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia.

Palavras-chave: *Prisão preventiva. Presunção de inocência. Garantismo. Cautelar. Proporcionalidade.*

Abstract: *With the arrival of the iluminism ideals a series of guarantees are claimed against Govern oppression. The Democratic State of Right is pointed as a model of a state to be followed. Amongst the rights that risen from this ideals are the innocence presumption and the right to be considered guilty only when submitted to a due process of law. Both of the statements are written on the Brazilian Constitution of 1988. Claiming that the criminal law must be submitted to those pointed guarantees emerges a group of theories that propose to limit, reduce or even extinguish the actual punitive system. Garantism, minimalism and abolitionism represents that groups. On the other hand, searching for the achievement of the judicial procedural effectiveness there's a series of institutes of precaution. In case of criminal procedural this institutes sometimes are the preventive prison, as a specie of precaution prison. This work resumes the ideals of garantism and minimalism to affirm that no prison before definite judgement can be justified without disobeying several constitutional guarantees.*

Keywords: *Preventive Prison. Innocence Presumption. Garantism Theory. Criminal Process Precaution. Reasonableness.*

Introdução

O Brasil passa por um momento em que a população interioriza o problema da violência de forma dramática. Aliado ao crescimento real dos índices de violência, o sentimento de *viver em risco* é potencializado pela mídia de massa quando explora casos que envolvem crimes violentos, aumentando a sensação de que a exceção (violência) tornou-se a regra. Nesse aspecto, é cobrado do Poder Judiciário a realização de *justiça* e, quando o indiciado é preso cautelarmente, forjam-se argumentos para mantê-lo custodiado, ao arrepio de garantias constitucionais, camuflando a utili-

zação do processo penal como política de segurança pública.

Assim, o trabalho pretende mostrar a (im)possibilidade de se sustentar a prisão cautelar perante um verdadeiro Estado Democrático de Direito, principalmente quando fundamentada em requisitos que residem além dos meros interesses processuais. Princípios como a *presunção de inocência* e da *vedação da culpa sem jurisdição (jurisdicionalidade)* são deixados de lado para que o processo penal se transforme no próprio *poder de punir*, permitindo que o judiciário, ao invés de cumprir o papel de órgão contra majoritário protetor dos direitos e garantias fundamentais, exerça o papel que os demais órgãos não conseguem cumprir, em razão de um combate à criminalidade mal planejado.

Busca-se fazer uma análise perfunctória das medidas cautelares permitidas dentro do sistema processual penal. Procura-se também demonstrar a necessidade de se restringir a concepção de cautela como estrita e proporcional medida de proteção do processo para que este possa exercer sua função instrumental a serviço da Constituição e do direito material. Ainda, perfaz-se uma análise dos fundamentos da prisão preventiva em contraposição aos princípios constitucionais a que devem respeito e o Direito Penal garantista.

1. Cautela e efetividade no processo penal

A história da prisão cautelar corre paralelamente à da prisão pena. Na síntese de Ferrajoli, a doutrina da prisão cautelar encontra íntima relação também com a construção do princípio da *presunção de inocência*¹:

Na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio ‘nulla pena, nulla culpa sine judi-

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 508.

cio' e à redescoberta do processo acusatório.

Na alternância dos períodos históricos entre a repressão e a liberalidade da prisão, seja como instrumento cautelar ou como pena, ora serve ao endurecimento do poder estatal, ora recua, sendo usada com parcimônia. Sem dúvida, o período que mais influenciou o pensamento penal atual foi o Iluminismo. Beccaria², representando os pensamentos libertários contra os horrores do *Anciën Regime*, já revelava a respeito da prisão durante o processo:

(...) uma pena privativa da liberdade não pode anteceder a sentença, exceto quando o exigir a necessidade. O cárcere, é, pois, a simples custódia de um cidadão até que seja julgado culpado; e sendo essencialmente penosa essa custódia, deve durar o menor tempo que for possível e ser a menos rigorosa.

O pensamento iluminista pugnava pela proporcionalidade das penas e do uso estritamente necessário da prisão cautelar. Nesse ponto a prisão cautelar “acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico”³. Na atualidade, afirma-se em maioria que tanto a prisão pena quanto a cautelar configuram um *mal necessário*. Cabe agora entender em que sentido é usada a prisão cautelar pela apreensão do que representa, para o processo, uma medida acautelatória.

A aceção do termo cautela revela a noção de cuidado, garantia e segurança⁴. Para o uso de medidas cautelares deve-se ter em vista a salvaguarda de um possível resultado final, pois o processo seria esvaziado no cumprimento de sua função social se, ao revelar o direito aplicável ao caso concreto, não pudesse efetivá-lo em virtude, por exemplo, da demora natural na tramitação do feito. Chega-se a afirmar, complementando o *due process of law* e o direito de ação, a existência de um *direito fundamental*

² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 62.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 509.

⁴ Scarance Fernandes afirma que: “No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilização do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfação o direito da parte e não realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 323.

à efetividade⁵. Na esteira de Marinoni⁶:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

O direito de ação cravado no texto constitucional (art. 5º, XXXV) garante o reclamo à atuação judicial não só diante de uma efetiva lesão a direito, mas também da ‘ameaça’ de lesão⁷.

Nesse contexto surgem as medidas cautelares como forma ou instrumento para garantia da efetividade processual. Portanto, procuram manter o estado de *bens* envolvidos na demanda a fim de garantir a real concretização do provimento que venha a ser dado com a sentença decisiva⁸. Com Grinover, Cintra e Dinamarco⁹ pode-se afirmar que:

Há o perigo de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere de tal modo que torne ineficaz e ilusório o provimento. Por essa razão, acrescenta-se ao conhecimento e à execução uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, que visa a assegurar o êxito das duas primeiras: trata-se da atividade cautelar, de-

⁵ “A cláusula do ‘devido processo legal’ é considerada, conforme visto, a norma-mãe, aquela que ‘gera’ os demais dispositivos, as demais regras constitucionais do processo. Embora sem previsão expressa na Constituição, fala-se que o ‘devido processo legal’ é um processo efetivo, processo que realize o direito material vindicado”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 38.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 19.06.2007.

⁷ “A previsão de ação cautelar na Constituição é uma contribuição da atual Carta. As anteriores dela não cogitavam, embora as leis processuais já a previssem”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104.

⁸ Fosse possível uma apreciação instantânea do mérito sem descuidar inúmeras garantias, de pouco serviriam as medidas cautelares.

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 317

envolvida através do processo que toma o mesmo nome. Seu resultado específico é um provimento acautelatório.

São necessárias algumas observações na transposição de certos conceitos para dentro da teoria do Processo Penal. Em se tratando de ação penal existe sempre um direito fundamental colocado em risco, que é a liberdade física¹⁰ daquele submetido ao rito judiciário. A Teoria Geral do Processo foi construída focada nos institutos do Direito Civil, especificamente no que toca às obrigações de cunho patrimonial e transpor toda essa doutrina para os procedimentos penais requer uma análise detalhada para garantir, nesta adaptação, total compatibilidade com os fins democráticos do Estado pós 1988¹¹.

O princípio da efetividade visa garantir que o provimento jurisdicional não seja vazio em seu conteúdo, consubstanciando-se não só em ‘dizer o direito’ mas também em ‘realizar o direito’. Repare-se a diferença que tal concepção revela quando transposta para o Processo Penal. Em primeiro plano, não há que se falar em cumprimento espontâneo da pretensão veiculada no bojo de uma ação penal¹². Então, na verdade, não se discute a respeito de pretensão resistida uma vez que, mesmo na total contribuição do réu para a consecução dos fins processuais almejados pela acusação, não se dispensa o procedimento com todas as suas garantias qualificadas do devido processo legal penal¹³. Assim, afirma-se que:

¹⁰ Sobre a íntima relação entre direito material penal e direito processual penal, Hassemer: “Tanto a segurança das normas penais quanto a segurança dos limites da punibilidade exigem urgentemente que as normas do direito penal material sejam realizadas no processo penal, na forma como estão contidas pelo direito material penal: conforme a legalidade jurídico-material”. HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 49-50.

¹¹ “O fenômeno do processo civil é bastante claro e distinto do fenômeno do processo penal, adequadas as particularidades de seu objeto. A estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição, e a construção das medidas cautelares pessoais deve partir do respeito ao direito a liberdade consagrado no texto constitucional”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares: ‘Fumus Boni Iuris’ e ‘Periculum in Mora’? Conceitos Impróprios Para o Processo Penal*”. Disponível em <<http://www.aurylopes.com.br/art0003.html>>. Acesso em: 25.06.2007.

¹² Tal característica ínsita ao processo penal traz reflexos, por exemplo, quanto às condições da Ação. Nesse ponto, o chamado interesse de agir, no aspecto da necessidade, será sempre presumido quando tratar-se de Ação Penal pois o único instrumento hábil a veicular a pretensão punitiva é o processo penal sob o filtro das garantias constitucionais. Conforme Edilson Mougenot: “Enquanto o devedor cível sempre poderá quitar voluntariamente a dívida cobrada, o infrator penal jamais poderá voluntariamente submeter-se à sanção sem que antes disso tenha sido devidamente julgado e condenado”. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 139.

¹³ “Superafetada, inclusive, no texto do inc. LIV do art. 5º da vigente CF – ao estabelecer que

O Direito Penal é despido de coerção direta e, ao contrário do Direito Privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente. Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.¹⁴

O uso de medidas cautelares na persecução penal é centrado na garantia da possibilidade futura de se realizar o provimento da sentença penal, como para evitar que o réu fuja durante o processo evitando a concretização da pena. A medida prevista pelo diploma processual penal para garantir a efetividade tem caráter pessoal e traduz-se na prisão cautelar¹⁵.

Lembre-se que o CPP cuida também da efetividade de um possível provimento cível de caráter indenizatório, por meio das medidas assecuratórias previstas no art. 125 e ss. Trata-se de medidas cautelares que objetivam garantir a obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito, qual seja, o crime supostamente praticado e ainda em discussão em seara penal. Tais medidas, apesar do nítido caráter cautelar, não serão objeto de análise no presente artigo, pois que se tem em mira, especificamente, medidas cautelares de caráter pessoal.

Não se pode trazer para dentro do Processo Penal a noção de eficiência antigarantista, em que se busca, a qualquer preço, otimizar os meios

*ninguém poderá ser 'privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal', — impõe a assecuração, ao ser humano envolvido numa *persecutio criminis*, de livre acesso ao juiz natural, com o direito de participar, em igualdade de condições com os agentes estatais da persecução penal, e em inafastável contraditoriedade, de todo o *iter* procedimental, orientado por mecanismos de controle e exatidão de desfecho do processo, num prazo razoável". TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 84.*

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *A instrumentalidade Garantista do Processo Penal*. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Criminais — UNISUL—IPAN—REDE LFG

¹⁵ "A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter de urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual". RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Niterói: Lumen Juris, 2007. p. 579. Ainda "é bom frisar que o processo cautelar consiste não só em assegurar o processo de conhecimento, mas, também, o processo de execução". *Ibidem*, p. 579.

para o melhor resultado possível. Adotada a concepção de efetividade em confusão ao conceito de eficiência, a tendência é que o processo penal se torne perigoso instrumento de segurança pública voltado a aumentar índices de condenação e corroborando a falsa idéia de judiciário eficiente. Cabe concluir, com Aury Lopes Jr.¹⁶, que “é neste complexo contexto que definimos o **utilitarismo processual**, no sentido de **eficiência antigarantista**” (*grifos no original*).

2. Prisão preventiva como medida cautelar no processo penal brasileiro

O primeiro princípio a ser observado pelas prisões cautelares é o da *presunção de inocência*¹⁷. O postulado visa assegurar que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como se nota pelo insculpido no art. 5º inc. LVII da CRFB/88.

Diante do direito fundamental apresentado fica em reforço a primordial função do devido processo penal enquanto único meio válido (instrumento) para condenar alguém e lhe impor sanção penal com todas suas consequências¹⁸. Esclarecedora a lição de Alexandre de Moraes¹⁹, para quem:

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 37.

¹⁷ Não cabe aqui a discussão a respeito da correta denominação do princípio. Apesar de a maioria da doutrina denominar a garantia prevista no art. 5º, LVII, CRFB/88 de princípio da presunção de inocência, não falta criatividade dos processualistas na busca de outra denominação, tal como o faz Eugênio Pacelli, ao trazer a expressão “Estado ou situação jurídica de inocência” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 32), ou “Direito à não consideração prévia de culpabilidade” nas palavras de Rogério Tucci (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 378).

¹⁸ “Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade de inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 506. Segue em sua magistral lição: “Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica segurança fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica defesa destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma de jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam”. *Ibidem*, p. 506.

O princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição de credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

O princípio apontado traz inúmeras conseqüências no escopo de proteger o cidadão frente ao arbítrio estatal.

No tocante ao *ônus probandi*, como o processado somente será considerado culpado após o advento da coisa julgada com condenação, “não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar sua culpa²⁰”. Impõe-se a carga probatória totalmente nas mãos da acusação, o que conecta a presunção de inocência ao princípio *in dubio pro reo*²¹. Aliás, segundo Luigi Ferrajoli²², a presunção de inocência é decorrência direta do princípio da jurisdicionalidade aposto pelo professor italiano em seu sistema garantista no axioma número 7, segundo o qual *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem jurisdição). Ainda liga-se ao que chama de jurisdicionalidade em sentido estrito (Tese T63 decorrente do Sistema Garantista do referido autor) aduzindo que só se pode falar em verdadeiro juízo se a acusação se sujeitou a prova e à refutação²³.

A presunção de inocência é também regra de tratamento para com o acusado dentro e fora do processo. Delmanto²⁴ leciona que:

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 273.

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabrin. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

²¹ Cabe à acusação comprovar a tipicidade, ilicitude (que o fato não foi praticado em excludente de ilicitude mas sim em situação injustificada) e culpabilidade do fato criminoso; por outro lado vale para o acusado a presunção relativa de inocência. Assim, só se pode concluir que, sendo ineficaz a comprovação deixada a cargo da acusação, não ocorre a ‘quebra da relatividade da inocência presumida’. A dúvida é resolvida em favor do acusado.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 505.

²³ A presunção de inocência impõe que a prova da autoria e materialidade do fato fique à cargo da acusação, tarefa que, desempenhada insatisfatoriamente, só poderá resultar na absolvição. Segundo Aury Lopes: “À medida que o acusador vai demonstrando as afirmações feitas na inicial, ele se libera da carga e, ao mesmo tempo, enfraquece a presunção (inicial) de inocência, até chegar ao ponto de máxima liberação da carga e consequentemente desconstrução da presunção de inocência com a sentença penal condenatória. Caso isso não ocorra, a absolvição é um imperativo”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 191.

²⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência. Disponível em: <<http://www.delmanto.com>>. Acesso em: 20/08/2007.

Inquestionavelmente a presunção de inocência, como expressão do princípio favor libertatis no processo penal, tem dimensões, hoje, ainda muito maiores do que a já enorme e significativa evolução ocorrida quando se baniram as ordálias e o sistema da prova legal. Atualmente, ela afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, sobretudo, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como devem ser tuteladas a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.

Como regra de tratamento a presunção de inocência deverá ir muito além do respeito devido pelas partes. Revela-se gravosa e alarmante a exagerada veiculação e superexposição da mídia de massa, seja de uma prisão em flagrante, seja de um mero depoimento, quando o conteúdo da própria reportagem ao invés de simples informação, procura incutir um pré-juízo a respeito do processado (ou, às vezes, nem mesmo indiciado)²⁵. A garantia da publicidade do processo (art. 93, IX, CFRB/88) não poderá ser considerada absoluta de forma a esmigalhar outros importantíssimos direitos fundamentais. O papel da imprensa, muitas vezes “neste

²⁵ Convém lembrar o caso *Escola-Base*, ocorrido em São Paulo, no qual a excessiva divulgação de uma investigação policial a respeito de diretores de escola infantil que supostamente mantinham relações sexuais com crianças prejudicou sobremaneira a vida dos investigados. Sem bases rígidas para corroborar nem mesmo a ação penal, na fase do inquérito a mídia veiculou demasiadamente o assunto, terminando por estigmatizar os investigados. A indenização concedida pelo judiciário na condenação do Estado pela má atuação do delegado que, em entrevistas, propagou sua crença de que as acusações eram verídicas não refaz perante todos a imagem desgraçada dessas pessoas inocentes. Veja-se nesse ponto a ementa da apelação na ação de indenização por dano moral no caso referido: “DANO MORAL — Responsabilidade civil do Estado — Conduta faltosa de servidor público — Delegado de polícia que, em constantes contatos com a mídia jornalística, desconsiderando a flagrante fragilidade dos elementos de convicção, coligido em Inquérito Policial, passou a difundir a sua crença de que as irrogações atribuídas aos autores maiores, de que teriam participado de abusos sexuais de crianças da “Escola de Educação Infantil Base”, eram verídicas — Processamento irregular do inquérito, que desbordou, inclusive, na despropositada prisão temporária dos autores, administradores da escola — Investigações posteriores, conduzidas pelo substituto do delegado que apontou os pretensos crimes, comprovaram a inocorrência destes, sendo arquivado, daí, o procedimento investigativo — Má atuação do Estado evidenciada, desbordando a falha na condução do inquérito policial, atingindo inclusive, o filho menor dos autores, com a previsíveis seqüelas psicológicas dos danos morais infligidos aos pais — Arbitramento da reparação do dano extrapatrimonial em 500 salários mínimos para cada um dos autores — Procedência ainda, da ação regressiva incidente, dado o evidente proceder culposos do agente público — Ação indenizatória parcialmente procedente, afastado o dano material, porque improvable — Recursos oficial e voluntário das partes desprovido”. BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 219.701-5/0. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo-SP, 21/06/06.

contexto não é difundir/divulgar conhecimento, mas sim *vender*, e não há nada que venda mais do que a desgraça alheia. E o crime é uma dupla desgraça, tanto para quem sofreu a violência, como também para quem a praticou”²⁶. Assim é que se pode afirmar, com Aury Lopes²⁷, que

É necessária uma profunda modificação cultural por parte dos juízes, promotores e policiais, despertando-lhes a consciência da proteção constitucional da presunção de inocência, da imagem, vida privada e dignidade da pessoa submetida ao processo ou investigação.

A presunção de inocência tem íntima relação com as prisões cautelares. A custódia antes do trânsito em julgado jamais poderá ter um objetivo que não seja a proteção do processo enquanto instrumento justo para a verificação do fato ilícito. Caso a medida tenha por fundamento motivo alheio à garantia da efetividade processual (a exemplo da prisão por pronúncia) se traduzirá em violação ao princípio da presunção de inocência. Edilson Mougenot²⁸ é categórico ao afirmar que “decorre desse princípio a excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão processual. Com efeito, a prisão processual não constitui cumprimento de pena”²⁹. Eugênio Pacelli, ao tratar da presunção de inocência, afirma que a prisão antes do trânsito em julgado só poderá ser considerada cautelar. Segundo o autor, é “cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. Assim, a prisão que não decorra de sentença passada em julgado será, sempre, cautelar e também provisória”³⁰.

Verifica-se, pelo exposto, que os argumentos da doutrina³¹ sempre

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 195.

²⁷ *Ibidem*, p. 198.

²⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46.

²⁹ No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes: “a prisão cautelar não se confunde com a prisão penal: a prisão cautelar tem finalidade instrumental; já a prisão penal tem finalidade retributiva e preventiva”. GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 233.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 414.

³¹ Consoante a maioria, Mirabete afirma que “em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual”. MIRABETE, Júlio Fabrinini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23. Ainda, para Tourinho “sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito

redundam em afirmar que a prisão cautelar, para respeitar o princípio da presunção de inocência, deverá ser realmente cautelar sem transfigurar-se em antecipação de pena. No entanto, Ferrajoli discorda³²:

Penso, ao contrário, que a mesma admissão em princípio da prisão *ante iudicium*, qualquer que seja o fim que se lhe queira associar, contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. E é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* — ou seja a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato —, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual, seja como for, não penal. Com semelhantes trapaças nas formalidades, como veremos na quarta parte, dissolveu-se — em nosso e em outros ordenamentos — a função de tutela do direito penal e o papel mesmo da pena enquanto medida preventiva exclusiva, alternativa a outras medidas certamente mais efetivas mas não tão garantistas.

A lógica do porque a prisão (antes do trânsito em julgado) por razões alheias à proteção do próprio processo (motivação cautelar) significar antecipação de pena não é complexa. O processo penal (observadas as garantias decorrentes do *due process of law*) é o único instrumento para imposição legítima das regras de caráter penal extraídas do direito material (Direito Penal). Medidas cautelares são mecanismos ínsitos ao processo e que visam protegê-lo, sendo assim ‘instrumento do instrumento’, servindo a seu adequado funcionamento e para que possa ser legitimador do provimento final. Quan-

em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 29.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 511-512.

do a prisão cautelar na realidade não cumpre função de proteger do processo, tem-se em foco fins externos (extraprocessuais) deturpando a natureza meramente processual ou instrumental que se quis atribuir inicialmente. Afirme-se que, nesse caso se está diante de medida de direito material aplicada sem um instrumento que a legitime, porque ela própria é mascarada com natureza instrumental. Por isso Ferrajoli afirma a violação ao princípio da jurisdiicionalidade e da presunção de inocência.

Outro princípio invocado enquanto reitor das prisões cautelares é o da excepcionalidade. Trata-se da máxima de que a regra no trâmite processual é a liberdade do acusado e não sua prisão. Se o acusado deve entrar no “jogo” do processo com a “vantagem” de pender sobre si a presunção de que é inocente, cabendo exclusivamente à acusação comprovar a imputação feita na peça inicial, a prisão deverá ser uma exceção, consequência de extrema necessidade. Fosse a prisão a regra durante o tempo do processo poder-se-ia concluir que o sistema afirmaria a presunção de culpa³³.

A doutrina menciona ainda o *princípio da necessidade* ao impor que a prisão antes do trânsito em julgado deverá ser comprovadamente (através da prova dos requisitos e fundamentos cautelares) necessária, ou seja, nenhuma outra medida menos gravosa satisfaria a proteção à efetividade processual. Segundo Fernando Tourinho³⁴:

Todas as legislações do mundo admitem, em maior ou menor intensidade, a prisão provisória como um *mal necessário*. *Mal*, porque

³³ Da forma como “*nasceu*”, em 1941, o CPP teve nítida inspiração no Código de Rocco da Itália, calcado em construções teóricas do fascismo. A principiologia que vigorava antes de suas várias alterações (ao longo dos anos) era a da presunção de culpa. A propósito, trecho da exposição de motivos do Decreto-Lei n. 3.689/41 (Código de Processo Penal) para compreender suas bases antigarantistas: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daqueles que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos”. BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1941.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 528.

põe em perigo um dos direitos fundamentais do homem, que a Lei Maior protege e preserva. *Necessário*, porque, sem ela, muitas vezes não se asseguraria a manutenção da ordem, a regular colheita do material probatório e o império efetivo da lei penal.

Como as medidas assecuratórias (arts. 125-144, CPP) não objetivam a proteção do processo penal há que se indagar: não há então outra medida, que não a prisão cautelar para salvaguardar a efetividade do processo penal? Em lei pode-se citar a liberdade provisória vinculada ao comparecimento aos atos do processo (previsto nos artigos 310 e parágrafo único) e a liberdade provisória com fiança (nos casos interpretados a *contrario sensu* a partir dos arts. 324 e 325 do CPP).

Na primeira há certa restrição do direito de liberdade “porque, se o réu descumprir a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, ela será revogada. Portanto, o réu fica livre, mas preso ao processo”³⁵ (*grifos no original*).

Quanto à segunda, Scarance³⁶ nos ensina que o instituto se aloca “em uma escala de possíveis medidas cautelares que substituem a prisão em flagrante por uma liberdade vinculada. Impõe-se, na fiança, ao acusado, para que fique ou permaneça livre, o pagamento de determinada importância em dinheiro e outros deveres processuais”.

Portanto existem outros mecanismos que objetivam “amarrar” o acusado ao processo, buscando seu compromisso com o trâmite processual sem, contudo, imprimir-lhe a grave “pena” que é a prisão. Sendo tais medidas suficientes à proteção do processo, o judiciário deverá utilizá-las em detrimento do cárcere.

A prisão cautelar ainda deve observar o princípio da proporcionalidade. Os constitucionalistas têm apontado que:

Em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade³⁷.

³⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Niterói: Lumen Juris, 2007. p. 654.

³⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 356.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG p. 32.

O princípio em apreço é filtro de validade para normas que afetam direitos fundamentais. Para que a norma consiga passar pelo crivo axiológico da proporcionalidade deverá ser aprovada no que diz respeito aos critérios (subprincípios) da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*. Gilmar Ferreira Mendes³⁸ afirma que:

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*). O pressuposto da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da *necessidade* ou *exigibilidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*.

O superprincípio em estudo tem sido apontado como decorrência do *devido processo legal*. A proporcionalidade seria o conteúdo, ou o *substantive due process of law*. Nesse sentido tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal³⁹.

Quanto à prisão preventiva, a doutrina tem afirmado que a proporcionalidade deverá reger a medida severa no sentido de que não poderá ser utilizada quando ultrapassar os limites do razoável⁴⁰. O próprio Código de Processo Penal já procura guardar esse nexo quando, por exemplo, prevê em seu art. 313, em interpretação a contrario *sensu*, a impossibilidade de prisão preventiva em crimes culposos e contravenções penais⁴¹. Assim,

³⁸ Idem. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 83.

³⁹ “O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público — tratando-se, ou não, de matéria tributária — devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’ (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 200844. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, 25/06/2002.

⁴⁰ É o que ocorreria no caso de prisão preventiva em processo por um crime apenado apenas com multa. Seria desproporcional impor, a título de cautelaridade, uma medida mais severa que a própria pena.

⁴¹ O faz também quando prevê as hipóteses em que o réu “livra-se solto” nos casos de crimes apenados com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 3 meses e nos casos em que a lei não comina pena carcerária (art. 321, CPP).

pode-se apontar que “A *proporcionalidade* da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*”⁴².

2.2 O pressuposto da prisão preventiva (*fumus comissi delicti*)

O núcleo da prisão preventiva está enunciado no artigo 312 do Código de Processo Penal, que atualmente conta com a seguinte redação:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.⁴³

O primeiro passo para se poder cogitar em prisão preventiva é a *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*. Exige-se aqui a chamada *fumaça do crime* ou, como usualmente se denomina em latim, *fumus comissi delicti*⁴⁴. O juiz, ao analisar o pedido da prisão preventiva, só poderá decretá-la se estiver convencido da existência do fato criminoso, com esteio em provas concretas. Para além da materialidade, deverá verificar também se estão presentes indicativos de que possivelmente este fato criminoso foi praticado por aquele sobre quem recai o pedido da prisão, corroborando indícios suficientes de autoria. Segundo Guilherme Nucci⁴⁵:

Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento de mérito. Cuida-se

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 416.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

⁴⁴ “Os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti*, ou a aparência do delito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 434. No entanto, a transposição dos institutos do processo civil não pode ser feita tão naturalmente ao processo penal. Denominar a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria de *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) é no mínimo incoerente. A expressão mais adequada é realmente *fumus comissi delicti*, conforme revela a lição de Aury Lopes Júnior: “Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a ‘fumaça do bom direito’? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 200.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 586.

de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada agente do delito.

A exigência da prova de materialidade e indícios suficientes de autoria atende ao mínimo para a garantia de uma prisão sem arbitrariedades, uma vez que, seria típico de um estado totalitário admitir prisão (sem condenação) para depois buscar provas da existência do fato e da autoria⁴⁶.

2.3 O fundamento da prisão preventiva (*periculum libertatis*)

Presentes os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato criminoso será necessário justificar (cautelamente) o cerceamento da liberdade⁴⁷.

Trata-se aqui do chamado *periculum libertatis* que está determinado no art. 312 do CPP quando admite a medida restritiva para *garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal*, ou para *assegurar a aplicação da lei penal*. Parte da doutrina denomina os fundamentos da preventiva de *periculum in mora*, generalizando o uso da expressão construída para a Teoria Geral do Processo. Em que pese poder tratar-se de mero problema de semântica, não se pode descurar que no Processo Penal, o que justifica a prisão preventiva não se relaciona à demora do provimento jurisdicional, tal qual nas cautelares de natureza real dentro do processo civil. Aury Lopes Jr.⁴⁸ ensina que

⁴⁶ É o que pode estar ocorrendo com a prisão temporária prevista na lei 7960/89. Tendo por pressuposto “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” (art. 1º, III) em determinados crimes o fundamento da medida se resume na “imprescindibilidade das investigações do Inquérito Policial” (art. 1º, I). Nota-se o fundamento amplo e subjetivo, autorizando a prisão “para investigar”. Scarance afirma que “a má redação do referido artigo (art. 1º, Lei 7960/89) pode levar, em interpretações meramente literais, a tal amplitude da prisão temporária quer seria impossível aceitá-la no sistema jurídico brasileiro e admitir sua inconstitucionalidade”. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 335. Tourinho averba que “a lei, sobre ser malfeita, conduz a abusos, e abusos que afetam o status *dignitatis* e o status *libertatis*. É de supor que a materialidade do fato esteja provada... Do contrário, a medida, já violenta, nem teria mais qualificação... Aliás, essa prisão temporária outra coisa não é senão a antiga ‘prisão para averiguações’, agora com roupagem legal”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 490.

⁴⁷ Fosse necessário somente a prova do *fumus comissi delicti* para autorizar prisão preventiva estar-se-ia diante de prisão pena violando frontalmente o princípio da presunção de inocência e o da jurisdicionalidade.

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 201.

Aqui o **fator determinante não é o tempo** (*destaques no original*), mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado (*grifos no original*). Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de provas).

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto.

O risco no processo penal decorre da **situação de liberdade** (*destaques no original*) do sujeito passivo.

Nesse aspecto, deverá ser revelado que o réu (ou indiciado) abusa de seu direito de liberdade colocando em risco (real) o normal desenrolar do processo.

Consoante o art. 93, IX da CRFB/88, é indispensável a fundamentação de qualquer decisão do Poder Judiciário. A motivação das decisões judiciais, principalmente tratando-se de decisão que submete alguém à prisão, é garantia essencial de um Estado Democrático de Direito (art. 5º, LXI CRFB/88) e intimamente ligada à outros princípios uma vez que, somente através do conhecimento e exteriorização das razões do ‘*decidir*’, é que se poderá exercer ampla defesa e contraditório em busca de um devido processo legal, garantir a publicidade dos atos do judiciário e exercer sobre eles o controle (público) de racionalidade⁴⁹. Assim, “ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor ‘endoprocessual’ de garantia de defesa e o valor ‘extraprocessual’ de garantia de publicidade”⁵⁰. Motivar é demonstrar as razões do convencimento, com estreito lastro probatório, revelando todos os ‘*por quês*’ da medida tomada, “não sendo bastante para legitimar a custódia a genérica referência aos autos, vagas alusões ao acusado ou suposições negativas quanto ao seu caráter pessoal, ou, ainda, se reduzir a mera transcrição dos dizeres legais”⁵¹.

⁴⁹ Conforme alusão de Tucci: “É, portanto, mediante a *motivação* que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida”. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 227.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 574.

⁵¹ MIRABETE, Júlio Fabrinini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 395.

Passa-se agora à análise pontual dos fundamentos da custódia preventiva.

2.3.1 Garantir a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal

A prisão com fulcro na *conveniência da instrução criminal* é levada a cargo quando se demonstrar que o réu, em liberdade, coloca em risco a atividade probatória a ser desenvolvida tanto no inquérito quanto no processo penal⁵². Pegue-se, por exemplo, o caso do investigado, ou réu que ameaça testemunhas, procura dar sumiço em documentos e objetos, impedindo a atividade probatória. “Neste caso, a custódia cautelar justifica-se com o escopo de se garantir um processo justo, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, honesta e lealmente, sua convicção”⁵³. O fundamento deve ser entendido dentro de seus limites, pois que não se está aqui a exigir que o acusado contribua pessoalmente produzindo provas contra sua vontade⁵⁴ pois, conforme a lição de Pacelli⁵⁵, “evidentemente não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei”.

Por *garantia da aplicação da lei penal* deve-se entender que o investigado ou réu será merecedor de prisão preventiva toda vez que ocorrerem fortes indícios de fuga. Segundo Mirabete:

Impede-se o desaparecimento do autor da infração que pretenda se subtrair aos efeitos penais da eventual condenação. A fuga ou escusa em atender ao chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda e torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia provisória.

⁵² “Trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vista a influenciar a colheita de provas”. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 383.

⁵³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Niterói: Lumen Juris, 2007. p. 614.

⁵⁴ “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTELIONATO, INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 1. O singelo argumento de que a ré, ao não comparecer na audiência de interrogatório, revela a sua intenção de fuga, não é fundamento válido para justificar a necessidade da custódia cautelar, mormente se tal ilação é desprovida de qualquer suporte fático apto a ampará-la. Precedentes do STJ. 2. Ordem concedida para revogar a custódia cautelar da ora paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 50.541. rel. Min. Laurita Vaz. Brasília, 12 jun. 2006.

⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 434.

A maioria da doutrina não hesita em afirmar o verdadeiro caráter cautelar do encarceramento preventivo calcado nos dois motivos citados⁵⁶ (*garantia de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal*). Aury Lopes Jr.⁵⁷ instiga ao questionamento, alegando que a prisão fundada na conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal “são verdadeiramente cautelares, na medida em que se destinam ao processo, a assegurar o regular e eficaz funcionamento do processo penal. A questão é saber se são realmente necessárias ou não”.

A simples afirmação de que uma medida tem natureza verdadeiramente cautelar é insuficiente para autorizá-la. Para além da necessidade, há que se verificar também a proporcionalidade do meio utilizado. Já se afirmou alhures que o *due process of law*, atualmente, não é mais a mera garantia do cidadão de ver respeitadas as regras formais de procedimentos. Muito além disso, significa que qualquer ato normativo público deverá ser dotado de razoabilidade e proporcionalidade. O direito à segurança e a um devido processo legal por parte da acusação (e da sociedade como um todo) só justifica a redução de outro direito fundamental (liberdade daquele submetido a uma imputação penal) na mais estrita proporcionalidade⁵⁸.

Portanto, mesmo por razões cautelares, justifica-se a total privação da liberdade através da prisão preventiva? Parece-se que existe uma série de outros mecanismos passíveis de aplicação que não foram considerados pelo legislador quando optou diretamente pelo encarceramento.

Afirmar que a prisão preventiva é um mal necessário justifica à medida que não se demonstra a estrita necessidade do meio, ou seja, a inexistência de outro mecanismo menos gravoso com igual eficácia. Por exemplo, no caso de fundados indícios de fuga, poderia haver uma maior vigi-

⁵⁶ Por isso Tourinho conclui: “Conveniência da instrução criminal e necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, eis as verdadeiras e legítimas circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva. As demais, não. Atendem, apenas, a propósitos demagógicos”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 517.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 219.

⁵⁸ Paulo Gustavo Gonet Branco ensina que: “O juízo de ponderação a ser exercido assenta-se no princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja necessário para a solução do problema e que seja *proporcional em sentido estrito*, i. é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução” (...) “Esse juízo de ponderação entre os bens de confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver um caso concreto, quanto pelo legislador, determinando que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais*. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos de Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

lância sobre o imputado, a suspensão de seu direito de sair da comarca, restrição ao âmbito domiciliar, obrigação de comparecer frequentemente ao fórum, etc.⁵⁹

Para o senso comum, não difere a prisão cautelar da prisão pena. Quando noticiada a prisão de alguém, a impressão que se enraíza no subconsciente de cada cidadão, é de ser o aprisionado culpado e não inocente, como o deseja a *Lex Legum*. Preso, o sujeito deixa de trabalhar e entra no mundo paralelo que é o das cadeias e penitenciárias públicas, com seu altíssimo efeito criminógeno e estigmatizante⁶⁰. Para que se possa ser taxado de “*criminoso*” perante o juízo social ampliado pela mídia, basta a mera notícia de que existe um inquérito em andamento.

O fundamento *conveniência da instrução criminal* é refutado por Ferrajoli⁶¹:

Uma exigência semelhante pode ser satisfeita, em lugar da custódia cautelar, pela simples condução coercitiva do imputado á presença do juiz e por sua detenção durante o tempo estritamente necessário — por horas ou no máximo dias, mas não por anos — para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas. É só esse, na verdade, como afirma BENTHAM, o período de tempo durante o qual é ‘necessário isolar o acusado’. É claro que uma medida desse gênero, além de produzir uma limitação da liberdade pessoal incomparavelmente mais breve que a da custódia preventiva, teria menos repercussão pública e não produziria, ou pelo menos reduziria, aqueles efeitos da ação penal difamatórios e infamantes que representam hoje um dos aspectos (extralegais e extra-

⁵⁹ Outras alternativas (já um tanto utópicas em se tratando de um país cujo aparato técnico para persecução penal é totalmente sucateado e carecedor de tecnologia) também se mostram interessantes, porém mais dispendiosas, como a colocação de rastreadores.

⁶⁰ Shecaira aponta, com enfoque na teoria interacionista, os efeitos perversos do sistema penal: “Uma das maiores consequências do processo de *desviação* é o agente ser capturado pelo papel *desviante*. Este mergulho interativo será chamado pelos teóricos do *labelling* de *role engulfment*”. (...) De maneira bastante cruel, pode ser dito que, à medida que o *mergulho no papel desviado* cresce, há uma tendência para que o autor do delito defina-se como os outros o definem”. (...) “Outro aspecto relevante apontado pelos teóricos do *labelling* são as chamadas *cerimônias degradantes*: são os processos ritualizados a que se submetem os envolvidos com um processo criminal, em que um indivíduo é condenado e despojado da sua identidade, recebendo uma outra degradada”. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 298.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 513.

judiciais) mais humilhantes e aflitivos de todo o sistema punitivo. A única notícia que seria veiculada ao público é a de que um cidadão foi trazido à presença do magistrado para ser interrogado sobre um crime.

A alegação de que o imputado ameaça testemunhas ou coloca em risco a instrução por meio, por exemplo, de fraude processual, poderia sim dar sustentação a uma prisão em flagrante (e não a preventiva para proteção da prova) e conseqüente instauração de inquérito policial, pois que revela *noticia criminis* para os fatos previstos nos arts. 147, 343, 344 e 347, todos do Código Penal.

De outro lado, não cabe a argumentação de que *conveniência da instrução criminal* busca garantir a presença do réu (ou indiciado) aos atos processuais. Participar ativamente do processo é faculdade do imputado, e não dever. Aliás, o dever processual existente é da acusação, a quem incumbe formar o convencimento da culpa. Sobre o réu, já se disse, pende a presunção de inocência⁶².

Não se pode impor o ônus de aguardar a longa espera pela instrução probatória, mormente resultante da falta de aparelhamento pessoal e técnico dos órgãos encarregados da *persecutio criminis*, àquele hipossuficiente sob a mira do aparato penal. A argumentação de que no Brasil não há condições de *se fazer melhor* e que nesse caso a prisão está condicionada à *reserva do possível* improcede, pois na esteira do ensinamento de Aury Lopes Jr.⁶³:

Até mesmo a coleta de depoimentos pode ser agilizada de forma bastante barata, com a filmagem e a gravação, a partir das quais o risco de manipulação passa a ser mínimo. O que não se pode continuar admitido é que tenhamos que arcar com os custos da incompetência estatal e a mais absoluta falta de interesse em resolver o problema.

Convém repensar a afirmativa de que é indispensável a prisão pre-

⁶² O interrogatório “não é uma necessidade da acusação, mas um direito da defesa, que deve servir não para formar prova de culpabilidade, mas só para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 513.

⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 221.

ventiva (mesmo quando em sua natureza estritamente cautelar). Se os prejuízos suplantam os benefícios, a medida não se justifica. A prisão, mesmo que por pequeno tempo, (o que raramente ocorre no Brasil, país em que as cautelares chegam à absurda duração de anos), gera consequências irreversíveis. Conclui-se, para reflexão, com a análise sociológica de Baratta⁶⁴:

O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuários e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.

O legislador parece sinalizar para o uso mais racional da prisão como opção para a proteção da efetividade processual. Tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei com vistas a alterar o Código de Processo Penal na parte referente às medidas cautelares. O PL 4.208 de 2001 traz em opção ao encarceramento medidas tais como a *obrigação de comparecer periodicamente em juízo informando e justificando atividades, proibição de acesso a determinados lugares ou de contatar certas pessoas, vedação de ausentar-se do país mediante entrega do passaporte, recolhimento domiciliar noturno*, dentre outras.

Por outro lado, o legislador se mantém arraigado à concepção do CPP ao manter a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício, contrariando nitidamente o processo tipo acusatório. Outra aberração que poderá ser introduzida no ordenamento está entre os critérios analisados para a decretação da preventiva. Descurando-se da presunção de inocência, o legislador coloca, enquanto vetor para aplicação da cautelar (seja prisão ou uma daquelas outras citadas) a *gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*. Ora, se o réu é presumidamente inocente que importa, para fins de cerceamento caute-

⁶⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 183-184.

lar, a gravidade do fato? Até a condenação o que se deve ter em mente é que o réu não é o autor do fato. O convencimento de que o fato ocorreu vai sendo construído pela acusação ao longo do processo para (se for o caso) se concretizar com o trânsito em julgado da sentença condenatória. O critério legal reside além da motivação meramente processual e ‘olha’ para a pessoa do acusado para presumir que praticou um fato grave o bastante para justificar seu encarceramento (ou qualquer outra medida) prévio.

2.3.2 A garantia da ordem pública e da ordem econômica

Em primeiro lugar caberia entender o sentido da expressão *ordem pública*. Nas palavras de Paulo Rangel⁶⁵, *ordem pública* é “a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade”. Em um recinto onde a *ordem pública* é fortemente abalada poderá haver profundo sentimento de perigo e desconfiança com sensível prejuízo à vida em comum⁶⁶.

Com efeito, requer-se saber o que a lei processual buscou expressar ao trazer tal fundamento para autorizar a prisão preventiva. De plano já caberia a reflexão de que a *ordem pública* é abalada toda vez que um crime é cometido. Pressupondo que o legislador representa os anseios sociais e protege em lei aquilo de relevante para o harmônico convívio social, a mecânica da criação das leis penais não difere do que dita Zaffaroni e Pierangeli⁶⁷:

Quando o legislador encontra-se diante de um ente e tem *interesse* em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente traduz-se em uma *norma*, que eleva o ente à categoria de *bem jurídico*. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser *penalmente tutelado*.

⁶⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Niterói: Lumen Juris, 2007. p. 613.

⁶⁶ É o caso dos países que vivem conflitos armados, guerras civis, como em alguns casos do oriente médio e no continente africano. No Brasil, pode-se afirmar (ainda) com certa tranquilidade que, no sentido exposto, a ordem pública não se revela abalada a ponto de afetar profundamente as relações sociais.

⁶⁷ PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 432.

Os penalistas têm afirmado, na lição de Greco⁶⁸, que o Direito Penal tem por finalidade “proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”. Portanto, qualquer função que se queira atribuir ao Direito Penal, desde que seja legitimadora, sempre se tangenciará, de alguma maneira, o conceito de *ordem pública*.

Há que se indagar: seria possível ao direito processual cumprir também tal função? Pode o instrumento realizar legitimamente a função do direito material? Antes de responder aos questionamentos, se faz necessário compreender como se tem preenchido o conceito de *garantia da ordem pública*.

Em princípio já cabe admitir que a *prisão preventiva para garantia da ordem pública* não encontra unanimidade quanto aos fatos que enquadram nesse conceito.

Já se argumentou que a prisão com tal fundamento estaria intimamente ligada ao *clamor social* e à *gravidade do fato*. Procura-se aqui “resguardar a própria credibilidade da justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em cheque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade”⁶⁹. A jurisprudência assinalava a permissão para a medida com tal fundamento, como revela a ementa do STJ:

1. ASSASSINATO DE INDEFESO ESTUDANTE DE MEDICINA, QUE CAUSOU INTENSA COMOÇÃO NA COMUNIDADE INTERIORANA ONDE OS FATOS SE DESENVOLVERAM. 2. PRISÃO PREVENTIVA BASEADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, A VISTA DA GRAVIDADE DO CRIME PRATICADO E DA INTENSA REPULSA NO SEIO DA POPULAÇÃO. 3. CUSTODIA MANTIDA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA, NÃO SO POR PERMANECEREM INALTERÁVEIS AS CONDIÇÕES QUE IMPLICARAM NA SEGREGAÇÃO ANTERIORMENTE DETERMINADA, MAS COMO EFEITO NATURAL DA PRONÚNCIA.⁷⁰

⁶⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2006. v. 1. p. 4.

⁶⁹ BONFIM, Edilson Mogenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 382.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 6351 / SP. Rel. Min. Anselmo Santiago. Brasília, 09/06/1997. Também nesse sentido: HC. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA DO DECRETO. GRAVIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. I. Justifica-se a prisão cautelar quando o respectivo decreto encontra-se devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante. II. A gravidade e as circunstâncias do delito, que gerou grande clamor social, podem ser suficientes para motivar a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedente do STF. III. As condições pessoais favoráveis do réu, como primariedade, residência fixa, bons antecedentes e ocupação lícita, não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, se outros

Com o tempo os tribunais quedaram firmes em afirmar que não bastava a gravidade *in abstracto* do fato imputado, sendo necessária a comprovação concreta da *hediondez*⁷¹ do crime, conforme colacionado aos autos do inquérito ou da ação penal⁷².

Como a *garantia da ordem pública* é um conceito impreciso, podendo ser manipulado pela argumentação daquele que o utilizar, também se tem justificado a medida cautelar para evitar que o imputado cometa novos crimes⁷³. Aqui “a garantia da ordem pública se caracteriza em face da possibilidade de o próprio indiciado vir a violá-la, quer pelo seu passado, quer pelas circunstâncias do cometimento do delito tratado”⁷⁴. Esse é conteúdo que mais tem sido atribuído à *garantia da ordem pública* para fins de decretação da custódia preventiva⁷⁵. Conforme nos ensina Mirabete⁷⁶:

Refere-se a lei, em **primeiro lugar** (*destaques no original*), às providências de segurança necessárias para evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, quer porque é acentuadamente propenso às práticas

elementos dos autos recomendam a custódia preventiva. IV. Ordem denegada. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 10598 / BA. Rel. Min. Gilson Dipp. Brasília, 19/10/1999.

⁷¹ Não no sentido de crime hediondo da lei 8.072/90, mas sim como adjetivo.

⁷² Nesse sentido: “PENAL E PROCESSUAL. HOMICÍDIO. TENTATIVA. PRISÃO CAUTELAR. FLAGRANTE. PREVENTIVA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE IN ABSTRACTO. NULIDADE. A gravidade do crime, considerada em abstrato, não é per se capaz de justificar a prisão preventiva, ainda que se trate de hipótese de homicídio, mesmo tentado”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 58092 / SP. Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, 15/03/2007. A propósito, também: “AGRAVO REGIMENTAL EM RHC. PRISÃO PREVENTIVA DECORRENTE DE FLAGRANTE. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVOS CONCRETOS. IMPRESCINDIBILIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRACTO DO DELITO. CLAMOR SOCIAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. — A prisão preventiva decorrente de flagrante delito deve, necessariamente, estar amparada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado está obrigado a apontar os elementos concretos ensejadores da medida. — A gravidade do crime não pode servir como motivo extra legem para decretação da prisão provisória. Suposto clamor público, considerando que o delito ocorreu em cidade de interior, não é suficiente para a segregação cautelar para a garantia da ordem pública. Agravo regimental a que se nega provimento”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n. 19618 / RS. Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, 20/03/2007.

⁷³ Repare-se que aqui se atribui um conteúdo totalmente diverso dos outros apresentados (*clamor social e gravidade do fato*) revelando a plasticidade da expressão.

⁷⁴ BATISTI, Leonir. *Curso de Direito Processual Penal*. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2007. v. 2. p. 96.

⁷⁵ A propósito, Fernando Capez a respeito da forma de se obter o prognóstico da conduta do imputado em liberdade: “Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva”. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 265.

⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabrinini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 390 – 391.

delituosas, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Embora não se tenha firmado na jurisprudência um conceito estratificado para a expressão **garantia da ordem pública** (*destaques no original*), a periculosidade do réu tem sido apontada como o fator preponderante para a custódia cautelar.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁷⁷:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE NÃO IMPEDEM A CUSTÓDIA CAUTELA. ORDEM DENEGADA. I – A garantia da ordem pública, baseada no perigo representado pelo agente para a coletividade, é apta à manutenção do decreto de prisão preventiva. II – Pressupostos legais da custódia cautelar devidamente evidenciados no caso. III – Condições pessoais favoráveis do paciente que, por si mesmas, não impedem a manutenção do decreto constritivo. IV – Ordem denegada.

Com efeito, a *reforma processual penal* em trâmite na Câmara dos Deputados pelo projeto de lei n. 4.208 de 2001 procura substituir a expressão *garantia da ordem pública* do art. 312, CPP, pela *ocorrência de fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa*. Nota-se que o legislador procura consagrar no texto legal o que os tribunais e a doutrina têm entendido ser o conteúdo da expressão prevista no atual art. 312 do CPP. A mudança representa avanço, pois retira a imprecisão do termo *garantia da ordem pública* substituindo-o por outros mais restritos⁷⁸.

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 89266 – GO. Rel. Min. Ricardo Lewandowsky. Brasília, 22/05/2007.

⁷⁸ “Todo prognóstico sobre o futuro das pessoas (sobre sua periculosidade) insere-se no âmbito de um terreno exacerbadamente movediço. Mas talvez isso seja preferível às velhas locuções ‘garantia da ordem pública’ e ‘garantia da ordem econômica’ (que já deram e continuam dando ensejo a tantos abusos)”. GOMES, Luiz Flávio. *Reformas Penais (VIII): preventiva e medidas cautelares*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 18/09/2007.

Por valer a menção, cabe citar que já se atribui ao referido fundamento da custódia preventiva o peculiar sentido de medida protetiva para o próprio imputado. Argumentava-se que o risco de represálias da vítima ou familiares, bem como do meio social em revolta, poderia levar ao linchamento e conseqüente morte do imputado, de forma que a prisão preventiva garantiria, assim, sua integridade⁷⁹. A doutrina não encontra dificuldade para rechaçar⁸⁰ a prisão com tal fundamentação. Segundo Nucci⁸¹

não autoriza a decretação da prisão preventiva a alegação de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto da vingança de terceiros, inclusive de parentes da vítima. Cabe ao indiciado ou réu procurar a melhor maneira de se proteger, se for o caso, mas não se pode utilizar a custódia cautelar para esse mister.

A expressão *garantia da ordem pública* já assumiu, até então, vários papéis, servindo para justificar a prisão por variadas razões. A expressão pode “prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a *desordem*”⁸². A imprecisão do termo viola uma

⁷⁹ Com a referida argumentação já decidiu o STJ: “RECURSO DE HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. CRIME HEDIONDO. EXCESSO. PRAZO. FORMAÇÃO DA CULPA. LEGÍTIMA DEFESA. EXAME. PROVA. 1. A inaudita brutalidade de que se revestiu o crime, importando, inclusive, na ameaça de linchamento, justifica como lançado pelo juiz a quo, o decreto de prisão preventiva vez, porquanto o Poder Público tem o dever de assegurar a integridade do acusado, como meio de garantir a aplicação de lei penal e, também, a manutenção da ordem pública. 2. A apreciação da incidência da excludente de legítima defesa importaria em exame do conjunto fático-probatório, vedado na via eleita. 3. Quanto ao excesso de prazo incide a súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o atraso ocorreu em face da nomeação de defensor, providência de interesse do acusado. 4. Recurso improvido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 8.189 – SC. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 23/02/1999.

⁸⁰ É interessante notar o que um simples *giro* no discurso justificante poderá ocasionar. O julgador, através da mencionada afirmação, desvia o verdadeiro sentido da prisão — que aqui está longe de *cautelar* — para, com consciência tranqüila, *fingir* estar fazendo um bem para o segregado. A saída para fugir à violência urbana é ir preso? “Segregar, cautelarmente, o indivíduo, a fim de assegurar sua integridade física, é transferir para o cerceamento de sua liberdade de locomoção a responsabilidade do Estado de manter a ordem e a paz no seio da sociedade, reconhecendo a incompetência dos poderes constituídos de atingir os fins sociais a que se destinam”. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Niterói: Lumen Juris, 2007. p. 613.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 582 – 583.

⁸² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 435.

garantia básica do Estado Democrático de Direito, qual seja, a da legalidade. O princípio da legalidade no aspecto da taxatividade é muito bem trabalhado em sede de Direito Penal, quando se afirma que “a lei penal incriminadora deve ser certa, isto é, deve determinar com precisão o fato considerado criminoso e a pena que será atribuída como resposta”⁸³. Trata-se de garantia básica ao permitir que o cidadão conheça de forma clara o que o é ou não proibido pela norma penal, assim como, submete todo o aparato penal estatal aos ditames estritos da lei⁸⁴. No âmbito do processo, o princípio da legalidade se manifesta através do devido processo legal enraizado no art. 5º, LIV, da CRFB/88.

Não basta que a norma penal seja clara e certa se o instrumento que a aplica abre espaço para a imprecisão, autorizando arbitrariedades ao arbítrio daquele que o utiliza. Sendo o espaço de autorização amplo (em razão do uso do conceito indeterminado) a medida poderá ir do razoável ao escatológico. Garantias penais e garantias processuais se completam impedindo o abuso formando um caminho de mão-dupla conforme a lição de Ferrajoli⁸⁵:

É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também ‘*instrumentais*’ no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, ‘*substanciais*’. A correlação funcional é além disso biunívoca, uma vez que as garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízos não arbitrários: na sua ausência, de fato, juízos e penas seriam desvinculados de limites legalmente preestabelecidos e resultariam não menos potestativos do que se estivessem em ausência das garantias processuais. Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade.

O due process of law em sua dimensão formal (garantia de que a lei

⁸³ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte geral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 73.

⁸⁴ “A lei penal deve ser indiscutível em seus termos, taxativa (princípio da *taxatividade*). Não pode descrever o crime de forma vaga, aberta ou lacunosa. A segurança jurídica (do cidadão) exige precisão no texto legal. São contrárias à garantia da legalidade material as leis que descrevem os delitos de forma vaga e imprecisa, deixando nas mãos dos juízes a definição do delito”. GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte geral – introdução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495.

será observada no procedimento) não parece violado quando uma prisão é decretada para *garantia da ordem pública*. Todavia, a dimensão substantiva (*substantive due process of law*) impõe um *freio* ao legislador determinando que as leis elaboradas sejam razoáveis e proporcionais. O controle de proporcionalidade, quando não é feito pelo legislador, deverá ser realizado pelo próprio aplicador da lei, que afasta a regra *inválida e injusta* para manter a observância dos direitos constitucionalmente previstos. Nesse segundo aspecto, a prisão para *garantia da ordem pública* não consegue se sustentar, pois um processo penal devido conta com regras claras, taxativas e previsíveis.

Quanto ao argumento de que o crime cometido envolve tamanha crueldade de forma que o meio social se encontra revoltado, ansioso por justiça e sendo assim necessário restabelecer a confiança na lei e no poder judiciário, não é possível vislumbrar nenhum risco efetivo ao instrumento que é o processo. O foco do argumento está todo *fora* deste. O processo penal não é instrumento para *acalmar* a população e tampouco para corrigir um suposto descrédito no judiciário e instituições penais gerada por um crime ainda a ser apurado e, supostamente cometido por uma pessoa sobre a qual recai a presunção de inocência⁸⁶. Não pode a medida cautelar fazer às vezes de instrumento de justiça (ou vingança), função esta que nem mesmo os penalistas encontram consenso em atribuir à sanção penal.

Alguns buscam justificar a medida na estrita excepcionalidade, conforme Pacelli⁸⁷:

Parece-nos, entretanto, que, sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores constitucionais igualmente relevantes. (...) Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal.

⁸⁶ “É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, uma prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 217.

⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 436.

Percebe-se que nesses casos, o processo deixa de ser instrumento para ser um fim em si mesmo⁸⁸, afrontando o princípio da jurisdicionalidade. Se toda privação exige o devido processo legal, não há como se aceitar que uma mudança no discurso atribua ao instrumento uma função que não é sua. Segundo os constitucionalistas, quando em conflito princípios constitucionais é necessária a ponderação, no caso concreto, do valor de cada princípio, mantendo sempre um núcleo essencial⁸⁹. Manter alguém preso com essa argumentação extermina a presunção de inocência. O Estado tem o dever de se aparelhar com mecanismos reais de controle do *risco* e da *violência*, sem atropelar as garantias fundamentais.

Quanto à prisão baseada em indícios de que em liberdade o acusado voltará a cometer crimes, Ferrajoli⁹⁰ alerta:

A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à ‘estrita necessidade’ instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes. É claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida ‘processual’, ‘cautelar’ ou até mesmo ‘não penal’, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo.

⁸⁸ Indaga-se ainda: preso por essa motivação durante o trâmite, se absolvido ao final, uma indenização confortaria o prejuízo inestimável sofrido com o cárcere?

⁸⁹ “Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou ‘limites dos limites’ (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 509. O jurista italiano se refere ao instituto nos países europeus, que não difere muito da adoção no Brasil.

As missões de evitar novos crimes, conter a violência e reforçar a vigência da norma (se for possível) poderão se atribuídas ao Direito Penal, mas não ao processo. Quando o processo exerce, de maneira desvirtuada, uma função do direito material, falta-lhe o substrato (piso) de legitimação⁹¹ de forma que o juiz converte-se em gestor de segurança pública (função administrativa) deixando de cumprir seu real papel de garantidor dos direitos fundamentais⁹².

Ainda, não se pode coadunar com a *prevenção de reiteração criminosa*, enquanto função da prisão preventiva, simplesmente por que tal exercício de *futurologia* é impossível⁹³. A custódia cautelar com tal finalidade não respeita o princípio do contraditório. Como poderá o imputado fazer prova do futuro, demonstrando que não cometerá crimes? Trata-se de tarefa impossível vencer a presunção feita pelo magistrado na referida hipótese⁹⁴. A antevisão de que o imputado voltará a delinquir viola duplamente a presunção de inocência porque parte do pressuposto que cometeu um fato (delito pelo qual já sofre a imputação) e, mirando o futuro, vislumbra o cometimento de outros^{95,96}.

⁹¹ “Quanto à efetividade do combate à criminalidade, o direito processual penal, penso eu, precisa pouco se preocupar. Ele está cercado e conectado a inúmeras outras instâncias de controle social e estatal dos desvios, desde a vizinhança até a polícia, cujo objeto é a efetividade do controle. O objeto do direito processual penal é o controle jurídico do controle social, é a formalização da assimilação do conflito. (destaques nossos). HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 118.

⁹² Irretocável a lição de Paulo Rangel: “Contudo, não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate à violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso País. Se há roubo, homicídios, estupros, etc., ocorrendo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culpamos o judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, (destaques no original) o réu ser preso. Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas sérias de combate a violência pelo Executivo”. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Niterói: Lumen Juris, 2007. p. 579.

⁹³ Fosse possível fazer tal prevenção poder-se-ia afirmar, com certeza, que o problema da criminalidade estaria resolvido. A questão das previsões paranormais como forma de evitar a ocorrência de crimes é abordada no longa-metragem de ficção científica *Minority Report* (diretor Steven Spielberg, 2002).

⁹⁴ “Esse tipo de decisão é dotada de um elevado grau de charlatanismo e um altíssimo grau de prepotência. Ambos completamente inadmissíveis num processo minimamente democrático e constitucional”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 214.

⁹⁵ Tourinho afirma que “o indiciado ou réu precisa da proteção de algum juiz que impeça que a Lei Maior da sua terra seja invertida para satisfação e delírio daqueles que desejam a imediata e pronta punição, mesmo porque, desgracadamente, haveria uma antecipação da pena”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 511.

⁹⁶ Poder-se-ia argumentar que não existe outra saída a não ser o encarceramento prévio quando o

Por fim, cabe ainda mencionar que o art. 312 considera como hipótese que fundamenta a prisão preventiva a *garantia da ordem econômica*. A lei 8.884/94, que acrescentou a mencionada hipótese, em verdade não altera substancialmente os fundamentos anteriores. Aliás, como a *garantia da ordem pública* é um conceito aberto, poder-se-ia afirmar que um risco à ordem econômica é sempre também um abalo da ordem pública. Não obstante o afirmado, o que o legislador buscou de forma mais especificada foi “permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, à eliminação de concorrência ao aumento arbitrário dos lucros”⁹⁷. Toda a argumentação tecida a respeito da inconstitucionalidade da prisão para *garantia da ordem pública* se aplica à hipótese relativa à ordem econômica. Aliás, a prisão para proteger a ordem econômica está longe de ser a medida mais adequada para evitar os danos, como ensina Pacelli⁹⁸:

Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar que nos parece mais adequada é o *sequestro* e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.

Trata-se, como se nota, de mais uma hipótese de prisão (passível de execução antes do trânsito em julgado) que deturpa as funções legítimas do processo penal.

3. Por um processo penal garantista

Pelo exposto entenda-se que a conversão da prisão (supostamente cautelar) em instrumento de segurança pública nas mãos do judiciário surge como um acréscimo aos instrumentos estatais de repressão e isola-

imputado, reincidente em vários delitos cruéis, comprovadamente (em processos com sentença condenatória anteriores) insensível à vida alheia e despedido de compaixão, mesmo que a custódia não seja de natureza cautelar, afinal a presunção de inocência é *juris tantum* e não *juris et de juris*. Tal argumentação não justifica o uso do meio inadequado a atropelar a Constituição. O processo legítima a aplicação do direito penal justamente porque nele devem ser observados todos os direitos fundamentais, pois do contrário, viciado o instrumento, seu objeto também é deslegitimado.

⁹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Niterói: Lumen Juris, 2007. p. 614.

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 435.

mento de uma casta seleta de indivíduos.

Diante da invocação coletiva por meios que reduzam os índices de violência, o Estado acaba optando por aqueles de mais fácil elaboração, menor custeio (a curto prazo) e maior impacto na opinião dos eleitores, que são as medidas judiciais que endurecem o sistema penal. O crescimento do poder penal estatal vai aos poucos sufocando o Estado Democrático de Direito⁹⁹ em favor de medidas que somente acalentam (e pouco) a referida *ânsia* social, e que, a longo prazo, aumentam a criminalidade (*caráter criminógeno do encarceramento*¹⁰⁰) e reforçam o descrédito no ordenamento, gerando um ciclo autofágico. Nesse ponto, a precisa lição de Yasmin Madeira da Costa¹⁰¹:

Com frequência, o legislador, sob pressão pública ou de grupos determinados, utiliza a criminalização como aparente solução, passando à sociedade a sensação de ter resolvido a problemática indesejável. Algumas vezes esta ação pode surtir efeitos em virtude da noção pouco realista que tem a sociedade acerca do funcionamento do sistema penal. Não se discute os fatores que conduziram ao desvio, nem os que o potencializaram. Discute-se, tão-somente, as formas de repressão e eliminação. Não se deseja conhecer as causas, muito menos estudar e efetivar programas que as neutralizem. Tal poderia custar um alto preço, sob todos os sentidos, às classes dominantes. Sobe esta ótica genocida, ao capital será mais vantajoso o emprego de verbas públicas na multiplicação das penitenciárias, na compra de armamentos e de todo o aparato bélico necessário ao vicioso círculo de alimentação do sistema.

⁹⁹ Conforme anota Zaffaroni ao comentar a situação do sistema penal nos países latino-americanos: “Os múltiplos poderes que sustentam esta realidade letal apóiam-se, em boa medida, no exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais que, na maioria dos países da região, operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 13.

¹⁰⁰ Zaffaroni denuncia as características do sistema penal com plena consciência de que a realidade operacional desse sistema jamais acompanhará a planificação do discurso jurídico-penal: “A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais”. *Ibidem*. p. 13.

¹⁰¹ COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O Significado Ideológico do Sistema Punitivo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 108.

Ainda, a doutrina penalista tece as mencionadas críticas ao direito penal de caráter simbólico e paleativo, mas não se esquecendo que, nesse caso, trata-se de direito material. Ao menos, a matéria é o meio adequado para se prever medidas punitivas. Revela-se ainda mais infeliz o uso do instrumento que é o processo penal, a favor do recrudescimento punitivista. Contudo, não poderia ser diferente, pois, se o objeto (conteúdo) tende a tornar-se rígido, faz-se necessário que seu instrumento de aplicação seja também hipertrofiado, a conquistarem juntos uma *infeliz* missão.

O processo penal de um Estado Democrático de Direito deve ser instrumento da liberdade, de proteção daquele submetido ao ritual judiciário contra o poder estatal que pende sobre sua cabeça. Quando o judiciário inverte tal sistema, pesando a favor da repressão, a balança tende ao desequilíbrio em desfavor dos réus, faltando ao Estado um contrapeso à acusação e às políticas punitivas, tarefa árdua a ser deixada nas mãos da advocacia.

O papel do judiciário no aparato penal é garantir os direitos e garantias constitucionais daquele submetido ao rito. Às outras instâncias de controle caberão cuidar do problema do suposto *risco* que o acusado representa em liberdade. Portanto, pode-se argumentar a favor de outras medidas menos drásticas que a prisão, tais como, a submissão à vigilância, prisão domiciliar, investimento em tecnologia como pulseiras GPS, entre outras formas de monitoração do comportamento. Contudo, parece ser mais confortável afirmar que não existe outra maneira (ou não se quer procurar outra) a não ser usar o processo como meio de propagar, como diria Silva-Sanchez¹⁰², a “expansão do Direito Penal”.

Conclusão

Há que se concluir pela verdadeira desnecessidade da prisão cautelar, quer tenha ela realmente essa natureza, quer seja *um lobo em pele de cordeiro* quando utilizada indevidamente. A simples afirmação de que falta melhor alternativa (quando não se buscam outras alternativas) e que a prisão cautelar representa uma *cruel necessidade* está longe de legitimar o referido discurso.

¹⁰² Sobre as razões do crescimento da política punitivista, e da *onda de medo* do crime é imprescindível a consulta à seguinte obra: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A falta de investimento em políticas sérias de segurança e as informações encaradas somente como produto vendível pelos meios de informação, não só *excitam* (por várias razões que aqui não comportam maior análise) os índices seletivos de criminalidade como instigam a necessidade de medidas punitivas. De outro lado, fechando o ciclo e impulsionando o aumento da própria criminalidade, as medidas repressivas, longe de solucionar o problema da segurança a (não tão) longo prazo, só o colocam novamente no centro da discussão.

Longe dos objetivos do trabalho está a defesa da criminalidade e da impunidade. Quer-se afirmar aqui que, a violência estatal, por ser legítima, representa um risco alto demais para ser justificada a qualquer preço. A violência urbana, de qualquer forma, já é ilegítima, e para tanto, o Estado deve criar mecanismos adequados para impedir sua ocorrência, sem que para isso extermine direitos inalienáveis.

É tempo de repensar a função do Direito Penal e seu precioso instrumento que é o processo e, ainda, reforçar a noção do verdadeiro Estado Democrático de Direito na consciência (formada pela mídia) social. Precisa-se reforçar a idéia de que o Processo Penal e o Direito Penal são *para todos* e não para o *outro* (aquele que se encontra algemado no camburão com o rosto escondido das câmeras de qualquer programa sensacionalista). Quando se autoriza o exercício arbitrário de poder e a contração dos direitos fundamentais visando punir o outro, esquece-se que, algum dia, quiçá por engano, o sistema poderá *engolir* o inocente, que sofrerá então, todo o rigor que ele mesmo, um dia, rogou aplicado ao *outro*.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTI, Leonir. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2007. v. 2.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 139.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais**. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos de Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva: 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. **O Significado Ideológico do Sistema Punitivo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência**. Disponível em: <<http://www.delmanto.com>>. Acesso em: 20/08/2007.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2006. v. 1.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOPES JR., Aury. **A instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Criminais- UNISUL-IPAN-REDE LFG.

_____. **Prisões Cautelares: ‘Fumus Boni Iuris’ e ‘Periculum in Mora’? Conceitos Impróprios Para o Processo Penal**”. Disponível em <<http://www.aurylopes.com.br/art0003.html>>. Acesso em: 25.06.2007.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 19.06.2007.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Material da 4ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Niterói: Lumen Juris, 2007.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.