



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE

MARUPIARA CESAR FERREIRA GOMES

PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

FORTALEZA – CEARÁ
2010

MARUPIARA CESAR FERREIRA GOMES

PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientador: Ms. Renan Cajazeiras Monteiro

FORTALEZA – CEARÁ
2010

MARUPIARA CÉSAR FERREIRA GOMES

PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

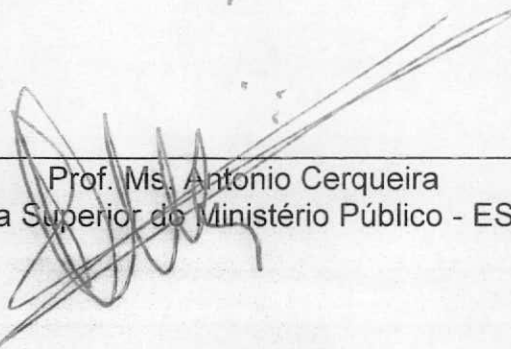
Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Aprovada em: 15/07/2010

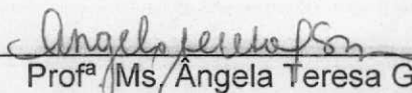
BANCA EXAMINADORA



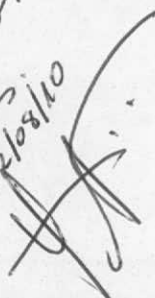
Prof. Ms. Renan Cajazeira Monterio (Orientador)
Escola Superior do Ministério Público - ESMP



Prof. Ms. Antonio Cerqueira
Escola Superior do Ministério Público - ESMP



Prof. Ms. Angela Teresa Gondim Carneiro Chaves
Escola Superior do Ministério Público - ESMP

Confirmando as
alterações
em 02/08/10


*“A presteza em crer no mal sem tê-lo
examinado com cuidado é um efeito do
orgulho e da preguiça. Queremos encontrar
culpados, mas não queremos nos dar o
trabalho de examinar os crimes.”*

La Rochefoucauld

RESUMO

Prisão Preventiva e o Princípio da Presunção de Inocência. Análise das disposições processuais penais do Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 e suas alterações interpretativas posteriores em face da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Apresenta-se historicamente o surgimento da prisão cautelar como medida de restrição provisória da liberdade e sua formação na cultura jurídica ocidental até os nossos dias, desenvolvendo-se sua síntese histórica sob a ótica de Luigi Ferrajoli. Examina-se como sua implementação e desenvolvimento no Brasil modificou-se em cotejo com a adoção explícita do Princípio do Estado de Inocência adotado em nossa Constituição Federal de 1988. Analisa-se sua natureza, motivação e fundamentos jurídicos, notadamente a Prisão Preventiva stricto sensu em comparação as demais modalidades restritivas de liberdade provisória previstas em nosso Código de Processo Penal e legislação específica, apresentando os diversos posicionamentos na doutrina e jurisprudência atual. Ao fim, esclarece como a sua utilização indiscriminada está se transformando em medida ilegítima de aplicação de pena antecipada em nosso país empregada como uma forma imprópria de defesa social semelhante a um modelo de panóptico prisional aos moldes brasileiros.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Princípio da Presunção de Inocência. Natureza, Motivação e Fundamentos Jurídicos. Pena Antecipada Ilegítima. Medida Imprópria de Defesa Social. O Panóptico Prisional Brasileiro.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 OS PRINCÍPIOS DA PRISÃO PROVISÓRIA	11
2.1 Os fundamentos do princípio da presunção de inocência em conjugação com a origem da prisão provisória	11
2.2. As principais escolas do pensamento jurídico e a prisão provisória: uma síntese histórica do instituto da prisão provisória sob a ótica de Ferrajoli.	13
3 A PRISÃO PREVENTIVA STRICTO SENSU: O MODELO PROCESSUAL BRASILEIRO	22
3.1 Conceituação e premissas básicas	22
3.2 A natureza jurídica da prisão preventiva	25
3.2.1 Requisitos e fundamentos da prisão preventiva	27
3.2.1.1 Da garantia da ordem pública	29
3.2.1.2 As demais hipóteses para fundamentação da prisão preventiva	32
3.2.1.3 A motivação judicial para o decreto de custódia preventiva	38
4 A PRISÃO PREVENTIVA E SUA ADOÇÃO PARA FINS ILEGÍTIMOS DE DEFESA SOCIAL	41
4.1 O Panóptico brasileiro: um modelo desvirtuado de prisão preventiva	42
5 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

O tema ora em testilha é uma questão sempre palpitante da moderna processualística penal, pois diz respeito à prisão cautelar em suas matrizes legais e os novos parâmetros interpretativos surgidos a partir do embasamento constitucional assente no Princípio da Presunção de Inocência insculpido no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, como uma verdadeira tutela da imunidade dos inocentes, garantindo acesso à verdade e à liberdade.

Assim, a primeira parte do desenvolvimento de nosso tema é a análise do âmbito desse princípio frente à nova ordem constitucional estabelecida por nossa carta maior e a possibilidade de formação de outros paradigmas interpretativos que sirvam de norteamento para regras prescritivas de comportamento previstas em nosso ordenamento jurídico.

Buscamos, portanto, sedimentar este aspecto constitucional em respeito à ponderação de valores que deve servir de base a uma interpretação a mais harmônica possível de nossa Constituição Federal por um dever de proporcionalidade ou senso de razoabilidade, balanceando os interesses e normas colidentes (*ius puniendi versus ius libertatis*) almejando sua melhor eficácia.

Por isso que, em seguida, notabiliza-se uma síntese histórica do instituto da prisão processual no mundo ocidental, os seus primeiros passos desde seu nascimento, sua idealização e seus principais defensores e detratores no bojo das escolas de idéias penais mais fundamentais, segundo a orientação do jurista italiano Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. O principal motivo de tal desenvolvimento neste quadrante é a necessidade de vincular historicamente tais idéias penais à necessidade de custódia provisória do imputado.

Neste aspecto, ressalta-se um terrível paradoxo existente desde então: a maioria dos modernos doutrinadores, desde o iluminista Marquês de Beccaria até os nossos dias, condenam tal medida excepcional de privação de liberdade sem, no entanto, rechaçá-la por

completo, sendo tomada como um mal necessário, criando a base de sua permanência até a nossa época contemporânea.

Vislumbra-se, então, que com a adoção do ideário fascista na Itália de Mussolini, tal instrumento excepcional de cerceamento de liberdade transmutou-se de medida de prevenção em medida de polícia, sendo dotada de uma função sedativa contra o alarme ou a crítica social a tal regime, sedimentando seu aspecto inquisitorial até os nossos dias, com as idéias estigmatizantes de presunção de periculosidade e clamor público ou social.

Em um terceiro momento categorizamos a conceituação, premissas básicas, requisitos e fundamentos dessa modalidade de custódia provisória, em especial a prisão preventiva *stricto sensu* jungida à sua motivação judicial frente ao ordenamento jurídico brasileiro, fazendo assim um cotejo entre esta modalidade de prisão e as demais existentes no ordenamento processual penal brasileiro.

Neste momento, apensamos decisões judiciais de nossos principais pretórios e denotamos a inclinação para sua maior aceitação como medida necessária conquanto devidamente fundamentada e sem ofensa direta ao Princípio da Presunção de Inocência. Denota-se uma tendência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o aludido princípio não subsiste com a finalidade de impedir alguma forma de prisão antecipada, mas ao revés, busca-se amparar de forma mais consistente, o seu disciplinamento na hora da decretação do constrangimento preventivo.

Portanto, não é mais possível aceitar a idéia amplamente difundida anteriormente que define o encarceramento preventivo como a mais rápida solução da qual não se pode abrir mão, sob pena de falência do sistema legal. Por conseguinte, seguindo novos parâmetros interpretativos, na Constituição Federal de 1988 encontra-se embasado que o fundamento deste tipo de prisão provisória tem sua natureza eminentemente cautelar e não como um instrumento de castigo ou uma forma de pena antecipada. É seu cunho de excepcionalidade e provisoriedade que deve ser mantido, ressaltada em sua função primordialmente instrumental para fins processuais.

Partindo deste ideário, mais à frente, perquirimos sobre uma possível distorção no meio jurídico brasileiro acerca do emprego da prisão preventiva e sua possível adoção para fins ilegítimos de defesa social, aventando a hipótese da existência de um modelo desvirtuado de prisão cautelar como se fora um mecanismo simbólico semelhante a um panóptico à

brasileira, partindo de conceituações do pensador francês Michel Foucault sobre o sistema utilitarista criado pelo inspetor Jeremy Bentham.

A par disso, esta lógica panoptílica teria seu aspecto teratológico na forma de uma espécie de punição antecipada através da prisão preventiva, onde sua intenção é mais no sentido de fazer com que os imputados sintam que serão punidos do que propriamente puni-los e que esta punição seria mais danosa para ele. Assim, funcionaria como uma espécie de encenação, onde a dor importa menos do que o efeito que ela provoca naqueles que ainda não foram punidos. Teme-se muito mais do que se pode sofrer e esta forma de castigo prévio serve como maneira exemplar que sempre se renova, aterradora e simbólica.

O juiz, como um mestre do panóptico se afastaria de sua função constitucional de garantidor de liberdades para tornar-se um agente de segurança pública, que se ressentiria de tais distorções pelo fato de que a dogmática processual penal não tem elementos suficientes para mitigar a incongruência existente entre a normatividade (dever ser) e a realidade social (ser). Portanto, prende-se mais, para se punir menos. Seria uma crônica anunciada, midiática e estigmatizante, onde se adota uma espécie de molde da gestão penal da miséria e da criminalidade que assola nosso país.

Ao fim, dimana desses entendimentos que, a sociedade contemporânea brasileira está se comportando como no século XIX, buscando a punição não como uma resposta ao descumprimento do pacto estabelecido entre a norma e seu descumpridor. Almeja-se apaziguar a dor e o pânico advindos do acirramento dos conflitos sociais com o emprego do molde penal como forma de solução para tais impasses, embora os conflitos e o senso de litigiosidade sejam absolutamente diversos daquela época.

Para se nominar tal sentimento cita-se o filósofo alemão Friedrich Nietzsche que já naquele quadrante da história antevia que as demandas de ordem, segurança e moralidade presentes desde a origem do homem moderno estão fortemente atreladas à punição exemplar e a um possível sentimento imanente da sociedade de não esquecer o fato criminoso, pois o que não cessa de causar dor, fica na memória e quanto pior a memória, mais terrível a dureza das leis penais. Então, para ele, analisando conforme seu procedimento genealógico, o principal aspecto a não se considerar para historiar a gênese da punição nos moldes humanos é a real finalidade advogada por ela.

Some-se a este caldo de cultura o papel desempenhado por nossos órgãos de imprensa e sua retórica de impacto, escamoteando ao público a maior parte da complexidade dos problemas sociais, usando de sua crescente e estridente agressividade e onde a maior parte das informações divulgadas, o são por interesse em sua forma de vinculação, na busca da exploração de um senso mercadológico vinculado ao horror do crime. O fato criminoso virou mercadoria e como tanto, deve ser bem utilizada como fonte de lucro na venda de produtos de eficácia duvidosa e disseminação de uma cultura reprodutora de preconceitos e deturpações ideológicas.

A rigor, o sistema processual penal continua germinado de institutos inquisitórios sob este pretexto, baseado em uma série de idéias difusas, obsoletas e ultrapassadas, mas redivivas, quando a realidade é a do aprisionamento dos processados não condenados formando a grande massa da população carcerária de nosso país. Acreditando-se que se conseguirá alguma forma de recuo da delinquência com tais meios como o aparelhamento policial e penal já é de duvidosa eficácia e ainda mais recorrendo à banalização do recurso às medidas prisionais provisórias, diminui-se seu efeito dissuasivo e aumenta-se meramente seu aspecto estigmatizante.

Desse modo, não se deve olvidar que reformas profundas na legislação processual penal brasileira são urgentes, inclusive com a possível criação de outros meios de controle legal da liberdade e não o esgotamento atual da prisão preventiva nos moldes em que se encontra, e que para sua decretação, novos parâmetros deveriam ser analisados, primordialmente, o grau de imputação do praticante do fato criminoso, a gravidade da pena prevista, o possível êxito do processo, o perigo concreto de reiteração ou prática de fatos criminosos análogos e o interesse público no combate efetivo ao crime como bases inestimáveis de constrição à liberdade do homem.

2 OS PRINCÍPIOS DA PRISÃO PROVISÓRIA

2.1 Os fundamentos do princípio da presunção de inocência em conjugação com a origem da prisão provisória

Antes de ingressarmos nos aspectos fundamentais do tema em debate, é aconselhável ao utilizarmos o termo princípio, determinar sua mínima definição e buscar estabelecer se possível, sua real extensão.

Sob um aspecto semântico, a palavra princípio teria o significado de começo, origem, fonte, lugar de onde algo brota. Em termos gerais, seria uma proposição que orienta uma atividade e lhe serviria de norma a um efetivo juízo prático.

Então, no âmbito jurídico, podemos afirmar que os princípios seriam vetores explícitos ou implícitos que subsidiam os fundamentos e alicerces de todo um sistema legal, em regra presentes na Carta Constitucional de cada Estado, mas com reflexo em todos os degraus normativos existentes na estrutura jurídica de um determinado país.

Por extensão, serviriam como paradigmas de onde emanariam as demais regras prescritivas de comportamento. Denota-se, assim, que os mesmos são tomados como diretrizes político-filosóficas a serem seguidas pelos operadores do direito e que, embora possuam alto teor de abstração consubstanciam-se em verdadeiros segmentos axiológicos que servem de rumo para o intérprete das disposições constitucionais e demais pautas jurídicas vigentes em um país.

Com previsão específica em nosso ordenamento constitucional, em seu artigo 5º, inciso LVII, dentro do rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Princípio da Presunção de Inocência, também alcunhado Princípio do Estado de Inocência ou da Não-Culpabilidade, constitui um cânone constitucional, verdadeira cláusula pétrea, pois faz parte do núcleo intangível da nossa constituição federal, por ser um elemento basilar de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Tal princípio não é tão-somente uma garantia de liberdade e acesso à verdade, mas principalmente, uma garantia de segurança e mesmo, de defesa social, pois emanada do Estado e respaldada na confiança dos cidadãos no aparato de justiça, devendo ser utilizado como um instrumento de específica defesa contra o arbítrio punitivo.

Ou seja, é a tutela da imunidade dos inocentes ainda que a custa da possível impunidade de algum culpado, pois como dito por Peret, citado por Ferrajoli: “Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos, pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos” (FERRAJOLI, 2002, p. 441)

Tal preceito remonta ao direito romano perdurando até nossos dias, embora tenha sofrido fortes reveses durante o período da baixa idade média, aliada a forte tendência inquisitorial daquele período. Contudo com as luzes da idade moderna tal matéria volta a ser reafirmada, inclusive com as considerações do Marquês de Beccaria que assegura: “Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída” (BECCARIA, 2004, p. 38).

Assim, mesmo em uma breve síntese histórica sobre o referido princípio denota-se sua estreita vinculação com a detenção cautelar do imputado no transcurso do processo penal.

Seja naquela fase mais remota do império romano aonde se chegou a proibir por completo a prisão preventiva até meados da escura idade média, robustecida por seu visível traço inquisitorial, quando se revestiu de um caráter de pressuposto ordinário de instrução, até ser de novo adotado com os primeiros brilhos do período iluminista, com o reconhecimento do princípio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*.

Para a maioria dos pensadores modernos sua consagração efetiva dar-se-ia somente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 e sua repercussão universal adviria com a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948.

Em que pese o Brasil ter sido signatário na Assembléia Geral de 1948, que deu origem a Declaração de Direito antes mencionada, tal princípio somente veio a ser positivado em nosso ordenamento jurídico, após um hiato de 40 anos, com o advento da Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte este princípio constitucional hoje é entendido, conforme Florian, mencionado em citação de Mirabete, seguindo a concepção de que:

Existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico em que o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Por isso a nossa Constituição Federal não ‘presume’ a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’ (art.5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. (MIRABETE, 1991, p. 252)

2.2. As principais escolas do pensamento jurídico e a prisão provisória: uma síntese histórica do instituto da prisão provisória sob a ótica de Ferrajoli.

Em geral, existem inúmeras teorias que preconizam como as normas incriminadoras atuam na sociedade de modo a prevenir, evitar, repelir ou controlar condutas pautadas como ilegais e se baseiam na “promessa da função instrumental da defesa social e do controle efetivo da criminalidade”. (ZACKESKI, 2000, p. 02)

De acordo com a primeira delas, dita teoria da prevenção geral negativa, originária da chamada escola clássica, baseava-se em seus primeiros passos no pensamento iluminista e que teve entre seus próceres, Cesare Beccaria, Francesco Carrara e Jeremy Bentham, os indivíduos criminosos em potencial seriam intimidados pela possibilidade de serem punidos. Assim, as penas em abstrato serviriam como um freio à criminalidade inibindo a prática dos delitos. É o substrato do pensamento liberal clássico.

Em contrapartida, já na teoria da prevenção especial positiva defende-se a idéia de ressocialização daqueles indivíduos que já cometeram ilícitos penais, considerando o crime como algo natural e social, mas que é praticado por certos indivíduos já detentores de uma personalidade perigosa, os estigmatizados sociais. Tais premissas eram defendidas pela Escola Positiva Italiana de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

Outra teoria dita de prevenção especial negativa que também teve sua origem na escola positiva defendia a neutralização ou mesmo eliminação dos indivíduos considerados delinquentes, em visível afronta aos primados mais fundamentais dos preceitos que versam sobre a dignidade humana, e que por tal postura quedou-se no esquecimento.

Por fim, a teoria da prevenção geral positiva, inicialmente defendida pelo sociólogo francês Emile Durkheim, que configurava o crime como um fenômeno natural que faz parte do andamento comum da sociedade e somente os excessos podem ser considerados patologias, merecendo, portanto, intervenção estatal.

Correlatamente, os mesmos pensamentos se davam em relação à previsão de prisão ou custódia preventiva. No entanto, os seus principais críticos foram os precursores das idéias penais da fase iluminista, que não escondiam seu repúdio ao decreto preventivo e sua ofensa ao referido princípio da inocência: Beccaria e em especial, Carrara, que a denomina de tortura mascarada dirigida exclusivamente à obtenção da confissão.

Desse modo, a maioria destes pensadores considera-na uma atrocidade, uma injustiça, a barbárie ou mesmo uma forma de imoralidade. No entanto, nenhum deles chegou a exigir efetivamente a supressão do execrado instituto processual, tido também por todos como um mal necessário ou mesmo uma injustiça necessária.

A este aspecto o próprio Marquês de Beccaria, depois de tê-la considerado necessária contra o perigo de fuga ou de deterioração das provas, chegou a considerá-la também “uma pena que por necessidade deve, diferentemente de qualquer outra, preceder a declaração do delito”. (BECCARIA, 2004, p. 70)

Ademais, o próprio Carrara (*apud* FERRAJOLI, 2002, p. 443) chegou a capitular, dizendo ao fim que:

A custódia preventiva, considerada apenas no que respeita às necessidades do processo, não poderia ser senão brevíssima – tanto quanto necessário para interrogar o réu e ter de sua viva voz todos aqueles esclarecimentos que a instrução pode desejar, admitindo que ela possa ser decretada não só para impedir a fuga do réu, mas também por necessidade de segurança pública.

Posteriormente denota-se a presença marcante da Escola Positiva Italiana, a partir de dois de seus maiores próceres: Raffaele Garofalo e Enrico Ferri. Consideravam-na, ambos, de início, absurda, vazia e mesmo ilógica. Não obstante, o grande ataque ao princípio da presunção de inocência adveio do primeiro, com a idéia da prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e findando o segundo com propositura de um modelo de justiça sumária para seu exame, além de mínimas provas de culpabilidade para sua decretação.

Por tais entendimentos discordantes, em seus escaninhos e por sua tibieza, já se depreende que segundo entende Ferrajoli, tais posições arraigaram-se de forma definitiva em todos os ordenamentos jurídicos europeus, estando inclusive presente em seus principais diplomas legais, em suas cartas constitucionais e seus códigos e estendendo-se até nossos dias em todo mundo ocidental.

Entende aquele pensador em sua percuciente análise histórica deste instituto jurídico, é que já naquela época começaria a se esboçar uma espécie de legitimação ao decreto preventivo, sendo que a perversão mais grave do instituto foi fundamentada por Carrara, pois ainda que em nome de necessidades diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva – somente o perigo de fuga, só o risco de deterioração de provas, ambos esses perigos juntos, ou simplesmente a gravidade do delito em questão e a necessidade de prevenção ou ainda conjuntamente os perigos de natureza processual e os de natureza penal – a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico.

Como bem ressalta, transformou-se de instrumento exclusivamente processual destinando à estrita necessidade instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivada pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes.

Em seu raciocínio, ele argumenta que se fez pesar, desde então, sobre o imputado, uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivalendo de fato a uma presunção de culpabilidade, que, a par disso, passou atribuir à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, servindo 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.

Mas sua mais nefasta forma viria com o advento do fascismo em que a presunção de inocência entrou em franco declínio, não mais havendo controle ao seu abuso e sua aberta legitimação como medida de segurança processual, necessária para a defesa social e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado o temeroso e discutível clamor público.

Sem dúvida, como afirma Ferrajoli, era uma explícita consequência da ideologia fascista de funcionalização do indivíduo em relação ao Estado. Ou como diria o principal patrono de tal ideário, Vincenzo Manzini, citado por aquele pensador peninsular: “O Estado fascista, diferentemente do Estado democrático-liberal, não considera a liberdade individual

um direito preeminente, mas sim uma concessão do Estado acordada com o interesse da coletividade”. (FERRAJOLI, 2002, p. 444)

A prisão preventiva, então, passaria a ter uma função sedativa ao alarme social ou à excitação da opinião pública. Manzini chegou a afrontar o princípio quando afirmou ressaltado por Ferrajoli (2002, p. 442):

Nada tão grosseiramente paradoxal e irracional. Basta pensar nos casos de custódia preventiva, no segredo da fase instrutória e no fato mesmo da imputação. Dado que esta última tem por pressuposto suficientes indícios de culpabilidade, ela deveria constituir, quando muito, uma presunção de culpabilidade [...]. Se devemos presumir a inocência do imputado, reza o bom senso, por que então não se procede contra ele?

Tais embasamentos serviram de amparo ao Código de Processo Penal Italiano de 1930 que afastou por quase completo a presunção de inocência tomando-a como uma extravagância derivada de conceitos antiquados, exagerados e incoerentes.

Tal diploma legal influenciou sobremaneira algumas legislações da época e em especial nosso ainda vetusto Código de Processo Penal que é fortemente influenciado pelo diploma italiano adotando algumas de suas posições teratológicas sob forte inspiração ditatorial do Estado Novo Getulista.

Tanto que, o mal fadado Código Rocco, espinha dorsal do regime mussolinista, alargou amplamente as hipóteses de prisão preventiva obrigatória e mesmo automática, suprimindo qualquer prazo de vigência e por extensão, o instituto do desencarceramento por decurso de prazo e condicionou tanto a emissão como a suspensão do mandado de prisão à avaliação das qualidades morais e sociais da pessoa.

Então, sem sombra de dúvida, a prisão preventiva assumia a fisionomia de uma verdadeira medida de prevenção contra os perigosos e suspeitos ou pior, de uma execução provisória ou antecipada da pena e terminava por alterar a ordem completa do processo e, mais em geral, de todo sistema penal. Desse modo, houve a transformação da custódia preventiva de medida processual em medida de polícia.

Ficara tão patente tal entendimento que em outro trecho desta obra, Ferrajoli, referindo-se a tal fenômeno, ministra da seguinte forma:

O traço inconfundivelmente policialesco do instituto [...] resta no caráter arbitrário, em todos os casos não cognitivos, mas potestativos, dos seus pressupostos. Pela sua natureza, de fato, não são passíveis de provas ou desmentidos nem a gravidade dos indícios de culpabilidade, tampouco as razões opinativas que possam fazer supor o perigo de fuga, ou de turvação da prova ou de futuros delitos por parte do imputado. Este último motivo de captura, em particular, é irremediavelmente policialesco e revela o caráter da medida de prevenção e de defesa social verdadeiramente assumido pela custódia cautelar. (Ibid., 2002, p. 623)

Em que pese a dura orientação fascista dada à custódia preventiva, esmaecendo o princípio da presunção de inocência além de outras garantias legais, a reação operada pelo pensamento liberal clássico foi de um tímido recuo, pois se invocava sempre a dura necessidade de sua presença lamentando-se tão somente, a dolorosa contradição da existência do instituto processual e o pré-falado princípio, temendo-se sua interpretação literal.

Pesou então a dúvida, até hoje persistente: a custódia preventiva é realmente uma injustiça necessária como pensava Carrara, ou apenas o produto de uma irrefreável concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, presumido culpado?

Eis a senha para que Ferrajoli examine as necessidades que devem satisfazer o decreto de prisão provisória. De logo, ele afasta como notoriamente falaciosa ou de manifesta incompatibilidade, a possível adequação entre o princípio da presunção de inocência e a finalidade de prevenção e defesa social da prisão preventiva. A presunção de periculosidade é completamente obtusa para o doutrinador.

Restariam então outras duas finalidades: a do perigo de deterioração das provas e a do perigo de fuga do acusado, ambas já referidas por Beccaria e que seriam perante a doutrina e jurisprudência mais avançadas as únicas justificativas plausíveis para tal medida.

Primeiramente, a necessidade de prevenir a deterioração das provas não deve ser confundida com a de interrogar o acusado e até mesmo de obter-lhe a confissão no segredo da investigação. Parte da premissa de que tal ato instrutório seria também forma de defesa e não tão-somente aparato de meio acusatório, tendo sua coercitividade minada por ser desnecessária caso sua realização fosse somente para arrancar do réu – nas palavras citadas de Carrara – que demonstraria resquícios do que ele lembraria ser uma forma de tortura (ao menos psicológica) disfarçada.

Assim debate o pensador clássico italiano:

Constranger o réu a confessar seja por meios de aflições físicas ou por meio de aflições morais e do desespero de não ver jamais o término de um estado de isolamento tornado horrível é sempre tortura; é a tortura praticada no século XIX. Eu não concordo em absoluto que a eterna masmorra, da qual o indivíduo solitário não vê o término exceto mediante confissão, seja, pela experiência mostrada, utilíssima a esta. Mas digo por outro lado que é iníquo atingi-la por esses meios; que a experiência mostra igualmente que com tais meios se faz o inocente confessar não menos que o culpado e que a masmorra usada para esse fim carrega o absurdo e o vício de deixar incerta a veracidade da confissão. (Ibid, 2002, p. 447)

Neste diapasão, Ferrajoli diz ser mais plausível, em especial quando se tratar de crimes particularmente graves e complexos, a exigência instrutória de que antes do interrogatório o imputado não seja colocado em condição de alterar o estado das provas e de apresentar falsas defesas e que tal exigência pode ser satisfeita, em lugar da custódia cautelar, por uma forma mais simplificada:

A simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e por sua detenção durante 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. (Ibid. 2002, p. 447)

Em seu entendimento, dado a exigüidade da detenção, haveria menor desrespeito à liberdade individual e diminuiria a repercussão pública dos efeitos da ação penal, extremamente difamatórios ou infamantes, que representam hoje um dos aspectos (extralegais e extrajudiciais) mais humilhantes e aflitivos de todo o sistema punitivo.

Assim como referido antes, o professor italiano volta a ressaltar as funções policiaescas advindas da medida preventiva, tanto de ordem punitiva quanto processual. Aqui este jurista enumera algumas diferenças básicas que tornam a medida preventiva mais pesadamente punitiva que a própria pena.

Vejamos: a uma, a captura é preventiva em duplo sentido - no sentido de que tem um papel de prevenção geral não baseado, contudo, como aquele da pena, na ameaça legal, mas diretamente no caráter exemplar da sua irrigação judiciária; e também no sentido de que são preventivas as medidas, sendo cominadas não apenas com base em provas, mas na simples suspeição de culpabilidade, ou, pior, na presunção de periculosidade social do réu.

A duas, realizaria uma regressão à pena publicizada que na hodierna sociedade de massas, de fato, tornaram-se públicas, espetaculares e estigmatizantes, onde a captura e a acusação que sobre ela se faz, tornou-se um fenômeno por nós bem conhecido como se denota em algumas operações policiais realizadas em certos crimes nos últimos tempos no Brasil.

Com efeito, depois do interrogatório e da imediata apreciação dos argumentos defensivos, a custódia do imputado não mais seria justificável. Desse modo, afirma o penalista italiano:

Excluída a função de conservação das provas, o prolongamento da detenção não pode ter outro efeito (para não dizer outro escopo) que o de colocar o imputado numa condição de submissão, de colocar obstáculos a sua defesa, de induzi-lo eventualmente à confissão e até mesmo permitir que outros sujeitos – a acusação, a parte civil ou outros interessados – realmente deteriore as provas. (Ibid. 2002, p. 447)

Em um segundo momento, discute-se, o outro possível fundamento que justificaria a prisão preventiva: o perigo de fuga do imputado. Assevera, de logo, aquele doutrinador que o perigo de fuga, de fato, é principalmente provocado, mais que pelo medo da pena, pelo medo da própria prisão preventiva.

Mas, ainda que não se levasse em consideração tal argumento, perguntar-se-ia: Por que o perigo de fuga de um imputado já interrogado deveria bastar para justificar uma violação tão séria e subvertida de todas as garantias penais e processuais como se fosse uma pena antecipada sem julgamento?

Ora, relembra o estudioso italiano, que tal perigo não é realmente um grande perigo. Primeiramente é bem difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva. Em segundo lugar, a opção de fuga pelo imputado, forçando-o à clandestinidade e a um estado de permanente insegurança, é já por si só, uma pena gravíssima.

Aponta-se, surpreendentemente, outro indiscutível argumento: supondo que da fuga não restassem rastros do imputado, ela teria alcançado, na maior parte dos casos, o efeito de neutralizá-lo para a tranquilidade das finalidades de prevenção do direito penal. Seria simplesmente irônico, se não tivesse um efetivo risco ao foragido de ser alcançado novamente pela lei.

Por fim, o perigo de fuga é diretamente proporcional à severidade da pena. Um ordenamento – por exemplo – que prevísse a pena de morte muito dificilmente poderia renunciar a ter o imputado nas mãos durante muito tempo de forma a entregá-lo depois da condenação ao carrasco. Então, preconiza o professor peninsular que a mitigação ou abrandamento das penas, reduz proporcionalmente o perigo de fuga dos imputados.

As posições assumidas por este pensador são de indiscutível validade, principalmente se levarmos em conta as origens da prisão preventiva e sua forte inclinação policialesca. É impossível, mesmo nos dias de hoje, afastarmos esse aspecto inquisitorial do instituto.

Ao contrário, a cada dia torna-se mais comum a captura ordenada e, sobretudo mantida para constranger o indiciado/acusado a confessar ou colaborar com o aparato de justiça estabelecido.

O cárcere funciona como meio de intimidação e de pressão, onde órgãos policiais e judiciários atuam por vezes em uníssono com os olhos voltados à segurança do Estado contra os agentes presumivelmente perigosos.

Mas, notabilize-se que o principal sentido da restrição preventiva – a possibilidade de servir como instrumento da aplicação da lei – evitando-se o desaparecimento ou a destruição de provas relevantes ao processo, resta praticamente esquecida nos debates nacionais.

Ao revés, com a constante vulgarização da prisão preventiva, o que denotamos é que se antecipa a pena, solapando-se o processo que se estende por anos infindáveis, não alcançando este o objetivo de prevenção de futuros delitos, mas funcionando como um permanente mecanismo de controle social nas mãos do poder constituído.

Ora, para que procedimentos rápidos, se já é possível, embora em absoluta afronta ao princípio da presunção de inocência, que o indigitado acusado seja de logo punido exemplarmente para saciar momentaneamente a tranqüilidade do meio social, tirando o indivíduo de circulação, como dito no jargão policial?

Em nosso país, como de resto, tal patologia jurídica vem sendo seguidamente aplaudida com a manutenção de um sistema de segurança puramente repressivo de gestão policial e judiciária da marginalidade que incomoda. Diminuem-se os debates sobre o tema, confinando o discurso a um grau de subjetividade de ordem eminentemente potestativa e dominante.

O encarceramento preventivo tornou-se cada vez mais de medida excepcional em medida automática. Não mais funciona como nas memórias beccarianas que ainda hoje seriam ressaltadas pelos mais progressistas: uma medida cautelar rigidamente circunscrita no tempo e voltada à garantia de justiça a quem é fortemente indiciado nos delitos de particular gravidade.

Verifica-se, desse modo, que a indispensável processualização do poder punitivo estatal torna imperiosa a tutela da liberdade do autor da infração penal, e dentro dessa ótica, será a Constituição Federal o diploma básico a influenciar de forma decisiva o curso do processo penal, notadamente através do princípio do estado de inocência.

Deve-se render ensejo a um olhar crítico ao momento atual, em que se vislumbra a tendência da utilização da prisão processual para fins inadequados de política criminal, constatando-se, desde outrora, em termos históricos, que a prisão provisória nem sempre teve caráter cautelar, mas desde então assume fins extraprocessuais próximos à pena, ocupando um lugar privilegiado na economia do sistema processual penal, chegando a revelar-se como medida ilegítima em face do princípio constitucional da presunção de inocência.

3 A PRISÃO PREVENTIVA STRICTO SENSU: O MODELO PROCESSUAL BRASILEIRO

3.1 Conceituação e premissas básicas

A prisão preventiva é, sem dúvida, a mais importante das espécies de prisão penal de natureza cautelar. As circunstâncias que a envolvem podem perfeitamente constituírem-se na pedra angular de toda e qualquer outra prisão processual.

O professor Gomes, lembra-nos que:

O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o juiz fundamentadamente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes, ainda que se trate de reincidente ou de quem não tem bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico, não pode ser decretada a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (GOMES, 1994, p. 02)

Diante de tal argumentação, assume primordial importância a análise de seus fundamentos legais previstos no Código de Processo Penal, bem como da necessidade de se aprofundar em sua motivação prisional em estrita obediência ao que determina art. 93, IX da Constituição Federal, além das disposições específicas concernentes ao instituto processual assentes no diploma legal de ritos processuais penais.

Assim, buscar o discernimento das raízes da prisão preventiva é o caminho mais adequado para conhecê-la, aspergindo seus parâmetros às demais formas de prisões cautelares.

A necessidade de uma maior reflexão sobre os limites de sua motivação, sobre seus fundamentos ou mesmo a possível ausência de pacífica fundamentação, tem como finalidade concorrer para sua melhor adequação, ressaltando a proporcionalidade harmoniosa que deve existir entre o direito à liberdade e o poder de punir do Estado, sem afrontar o princípio da Presunção de Inocência.

Por extensão, o direito constitucional da liberdade, dentro de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, torna imperioso que se aguarde o desenrolar normal do processo judicial a fim de que, havendo condenação do acusado, possa ser cerceada sua liberdade.

Nesse caso, indaga o jurista Zavaleta, citado por Rangel:

Como se explica então que a justiça, por meio da prisão preventiva, aprisione um inocente antes de declará-lo culpado em uma sentença definitiva? Não parece ilegítimo semelhante proceder? E se não é, a que título se faz? (RANGEL, 2004, p. 613)

O próprio Zavaleta responde: “É a necessidade, portanto, o que justifica o direito da sociedade de impor a prisão preventiva ao indivíduo a quem se atribui o cometimento de um fato delituoso”. (Id. 2004, p. 613)

Então, de logo, atente-se ao mais primordial aspecto jurídico deste decreto prisional: somente diante da comprovada e não apenas alegada necessidade de sua utilização é que se encontra arrimo para a fundamentação de qualquer decreto restritivo de liberdade.

Como ressaltaria o mesmo Rangel:

Destarte, no universo da prisão cautelar de natureza processual, a prisão preventiva seria o sol e as demais prisões (em flagrante, em decorrência de decisão de pronúncia e em decorrência da sentença condenatória) seriam os planetas que o cercam e buscam nele sua fonte de luz, de energia, de sustento de vida. (Ibid., 2004, p. 614)

Por conseguinte, conceitua Mirabete:

A prisão preventiva, em sentido estrito, é medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. É considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais em que a custódia provisória seja indispensável. Por esse razão, a lei deixou de prever como obrigatória a prisão em determinadas situações, para ser uma medida facultativa, devendo ser aplicada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos nas normas processuais. Não é assim ato discricionário do juiz, limitado a certos, precisos e determinados casos. É praticamente pacífico nos tribunais que não impede a decretação da prisão preventiva o art. 5º, LVII, da CF, que se refere apenas ao princípio da presunção (ou estado) de inocência. (MIRABETE, 1999, p. 409)

A par de tais considerações, deve-se lembrar a distinção empreendida pela maioria dos doutrinadores pátrios das diversas modalidades de prisão. Bem, se no gênero, prisão é a privação da liberdade de locomoção por ordem escrita da autoridade judiciária competente ou em caso de flagrante delito, além das exceções previstas constitucional e legalmente (períodos de exceção, recaptura do réu, crime militar próprio dentre outros), teríamos basicamente duas vertentes maiores de prisão em esfera penal: a prisão-pena ou prisão penal e a prisão sem pena ou prisão processual.

A primeira forma trata-se de restrição de liberdade imposta em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, é resultado de privação da liberdade especificada com a finalidade de executar decisão judicial após o devido processo legal na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Por conseguinte não tem finalidade acautelatória nem natureza processual, sendo antes destinada à satisfação da pretensão executória do Estado no exercício de seu poder de punir.

Por outro lado, já a segunda espécie, trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho de investigação criminal, do processo penal ou mesmo da execução da pena. Também chamada prisão provisória, abrangendo as seguintes subespécies: prisão em flagrante (CPP – arts. 301 a 310); prisão preventiva (CPP – arts. 311 a 316); prisão decorrente de pronúncia (CPP – art. 413, § 3º); prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (CPP – art. 393), além da prisão temporária, prevista em legislação especial própria (Lei nº. 7.960, de 21 de dezembro de 1989).

Abstraindo-se então, do gênero à espécie, a prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz de direito competente durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Para tanto, tal termo pode ser entendido em duas acepções: uma ampla (*lato sensu*) e outra estrita (*stricto sensu*). A primeira compreenderia todas as modalidades de prisões cautelares ou provisórias que são mencionadas no Código de Processo Penal e leis especiais. Já a segunda acepção, refere-se a prisão preventiva propriamente dita e é assim utilizada para

denominar a prisão disciplinada pelos dispositivos assentes no Código de Processo Penal nos arts. 311 a 316.

De forma que, doravante, trataremos como prisão preventiva em sentido estrito (*stricto sensu*) a modalidade de prisão prevista nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal, designando-a a partir daí simplesmente como prisão preventiva, e tomando-a como ponto central de toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual penal.

Sua natureza tipicamente cautelar visaria garantir a eficácia de um futuro provimento judicial o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o indigitado acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo. Portanto, tem caráter acima de tudo, de excepcionalidade, pois somente poderá ser decretada quando necessária, ou seja, demonstrado o *periculum in mora*.

Como aduziremos, mais à frente, o *periculum in mora* é traduzido pelas expressões garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuramento da aplicação da lei penal os quais se constituem os denominados fundamentos da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal.

3.2 A natureza jurídica da prisão preventiva

Assim, tal modalidade de cerceamento provisório de liberdade somente se justifica e tão-somente se adequaria ao ordenamento jurídico pátrio, quando decretada com base no estrito círculo de poder geral de cautela do juiz, ou melhor, desde que extremamente necessária para uma eficiente prestação jurisdicional.

Então, em um raciocínio singelo, sem preencher os requisitos gerais de tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*) e ausente a devida comprovação de sua necessidade ao processo, e, portanto, despida de seu caráter de instrumentalidade, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado e conseqüentemente poderia afrontar o princípio da presunção de inocência.

A rigor, já em alguns momentos, nossos tribunais pronunciaram-se acerca de tal discussão, como a Súmula 09 do Superior Tribunal de Justiça, citada por Mirabete que dispõe,

embora em tema correlato: A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. (MIRABETE, 1999, p. 380).

E prosseguindo, arremata tal corte superior:

Presunção de inocência e prisão preventiva – STJ: A presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (art. 5º, LXI) - RT 686, 388 (Id. 1999, p. 380)

Embora outras cortes também se manifestem como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que precata, em nova lembrança de Mirabete:

Prisão preventiva como medida excepcional – TJSP: A prisão provisória, como cediço, na sistemática do Direito Penal Positivo é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois ser evitada, porque é sempre uma punição antecipada - RT 531/301 (Ib.p. 380)

Então, ressalte-se que somente haveria compatibilização entre os dois institutos – prisão preventiva e presunção de inocência – quando a medida cautelar preserve seu caráter de excepcionalidade e não se afaste de sua índole instrumental e sempre seja subordinada à sua necessidade concreta e efetiva. Assim somente existiria uma convivência harmonizável entre ambas quando a medida preserve seu caráter de excepcionalidade e não se afaste de sua qualidade instrumental.

Em suma, como medida cautelar de constrição à liberdade por razões de extrema necessidade e respeitados os requisitos estabelecidos em lei, no ensinamento de Marques, citado por Nucci, a medida possuiria in generi quatro pressupostos gerais:

a) a natureza da infração (alguns delitos não a admitem como ocorre com os delitos culposos); b) probabilidade de condenação (fumus boni iuris, ou seja, “fumaça do bom direito”); c) perigo na demora (periculum in mora ou periculum libertatis) e d) controle jurisdicional prévio. (NUCCI, 2007, p. 557)

Todavia, Capez preleciona que: o que a doutrina tradicional chama de pressupostos nada mais é que um dos requisitos da tutela cautelar e que, com efeito, esses pressupostos constituem o fumus boni iuris para a decretação da custódia. (CAPEZ, 2006, p. 264)

3.2.1 *Requisitos e fundamentos da prisão preventiva*

Assim, o juiz somente poderá decretar a prisão preventiva se estiver demonstrada a probabilidade de que o réu tenha sido o autor de um fato típico e ilícito, sendo que os pressupostos para a sua decretação seriam os motivos que constariam no teor do art. 312 do Código de Processo Penal: a) prova da existência do crime (prova da materialidade objetiva) e b) indícios suficientes da autoria.

Em termos legais, conforme se bem vê no teor do art. 312, in fine, do CPP, a primeira exigência refere-se à materialidade delitiva, ou seja, a existência de corpo de delito que comprove a ocorrência do fato criminoso, tais como o laudo de exame de corpo de delito, peças documentais apropriadas e até mesmo a prova testemunhal mais conclusiva. Então, a exigir-se prova da existência do crime não se justificaria a custódia por mera suspeita ou indícios da ocorrência de um ilícito penal.

São também exigidos indícios suficientes de autoria, o que a primeira vista denotaria que a lei se contentaria com elementos probatórios ainda não concludentes, embora unívocos, mas não sendo necessária a certeza da autoria.

Ora, esta suficiência de indícios seria deixada à verificação pessoal do juiz, agindo este segundo seu prudente arbítrio. Esta autoridade mediria e sopesaria os elementos colhidos para verificar se são suficientes para a decretação dessa prisão provisória, que é uma medida de exceção quanto ao sistema de liberdades individuais. Por conseguinte, seria necessário que se apure, ao menos, se há fumaça do bom direito apontando para o acusado como autor da infração penal.

No entanto, notabiliza-se, ainda, simplificando tais considerações a opinião impressionista de Capez:

que nessa fase não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que demonstre a probabilidade do réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. Haveria então um grau de dúvida, e esta militaría em favor da sociedade, e não do réu - princípio do in dubio pro societate. (CAPEZ, 2006, p. 264)

E acrescenta o seguinte julgado:

Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O in dubio pro reo vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória - RT, 554/386. (Id, p. 264)

Então segundo este doutrinador, e que em muitos momentos é seguido por alguns, tais fatores dependeriam de sua verificação a cargo do propalado prudente arbítrio do magistrado. Por óbvio, partindo da idéia do arbítrio judicial, não se deve olvidar que esta decisão deverá ser fundamentada e conter os requisitos da cautelaridade aqui já mencionados.

Contudo, nunca se deve perder de vista que o decreto preventivo possui finalidade tríplice, pois é, a uma, providência de segurança; a duas, é uma garantia da execução da pena e por fim, uma forma asseguradora da boa prova. Neste último caso, representaria meio de instrução, só se justificando quando vai ao encontro de sua finalidade.

Dimana dessa linha de raciocínio, de que não é tarefa fácil ao magistrado, diante do caso concreto, avaliar se o sistema legal (que dispõe de tais instrumentos dissuasórios do delito como a prisão provisória, por exemplo), estabelecerá sem grandes custos ao imputado, os reais limites entre a intimidação e a prevenção (geral positiva) da punição.

Tanto que, voltando-se a idéia de necessidade e cautelaridade, é importante reportar-se ao que dispõe o próprio art. 314 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prisão preventiva não é permitida quando o ato for amparado por situação de exclusão de ilicitude, ou seja, em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de direito, pois nesses casos não existira crime, devendo o acusado ser absolvido e, conforme afirma Rangel, não havendo crime [...], a prisão preventiva deixa de ser necessária. (RANGEL, 2005, p. 635)

Aqui, novamente, dependeria então do prudente arbítrio do juiz ou de prova irrefutável em favor do réu? Qual o critério jurídico a ser seguido pelo magistrado para determinação da restrição ou manutenção da liberdade do indiciado/acusado?

No entanto o referido doutrinador Rangel, em sua preclara intervenção prossegue demonstrando, ainda, que:

Não são necessárias provas robustas, cabais de que o réu praticou o ato em situação de excludente de ilicitude, pois o que se analisa é se estão presentes os requisitos da medida cautelar e não o mérito da imputação (RANGEL, id, p. 635).

Ingressaríamos então em um severo paradoxo para decretação ou não da medida provisória: não seriam necessárias provas cabais para o custodiamento do acusado e ao mesmo tempo, também não se dependeria de provas conclusivas para o reconhecimento das causas excludentes da ilicitude para o afastamento de tal medida excepcional. Então, tudo restaria ao prudente arbítrio do juiz.

Mais adiante Capez acrescenta: Fundamentos da prisão preventiva nada mais são do que outro requisito da tutela cautelar, qual seja, o *periculum in mora*. (CAPEZ, 2006, p. 265)

3.2.1.1 Da garantia da ordem pública

O doutrinador Capez continua gizando, conforme sua ótica, uma das hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva diz:

a) Garantia da ordem pública: a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantido a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular. No primeiro caso, há evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos. Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva como nessa hipótese. No segundo caso, a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo. (CAPEZ, 2006, p. 265)

O jurista novamente simplifica os critérios determinadores que amparam qualquer medida cautelar, principalmente no tenebroso parâmetro do clamor popular, vinculando a conduta do agente aos maus antecedentes e mesmo à reincidência criminal. Como muitos, ignora por completo qualquer critério objetivo previsto nas regras que norteiam a instrumentalidade da prisão preventiva.

O próprio Capez relembra que o Supremo Tribunal Federal já se insurgiu contra tal corrente, sustentando que no caso do clamor público, nem sempre se vislumbraria o periculum in mora, porque a prisão preventiva não seria decretada em virtude de necessidade do processo, mas simplesmente em face da gravidade do delito, caracterizando-se afronta ao estado de inocência: A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva - RT, 549/417 (Id.p. 265.)

Muito já se discutiu acerca deste primeiro fundamento da prisão preventiva, com interpretações nem sempre pacíficas e sempre revestidas de grandes controvérsias frente a cada caso concreto. Assim, afastado qualquer resquício fascista de tal instituto, fruto do Código Rocco que tanto inspirou nosso Código de Processo Penal nos albores do Estado Novo Getulista, a medida visaria impedir que o agente, solto, continuasse a delinquir. É uma forma de prevenção especial sendo a provável prática de novos delitos auferida a partir de elementos como antecedentes do réu e mesmo a reincidência.

Essa constatação da possibilidade de reiteração de delitos é motivo de severas críticas. De logo, Lopes Jr. que ressalta, inclusive, com a expressão futurologia perigosista que a aferição da periculosidade do réu se baseia em um juízo de probabilidade, assim como de antecedentes criminais e gravidade do delito, revelando tão-somente, mais uma impressão pessoal do magistrado do que uma realidade assentada em fatos concretos. Seria o alcunhado prudente arbítrio judicial em seu inusitado exercício de vidência probatória ou periculosômetro.

Tanto que, a gravidade do delito estaria jungida ao aspecto do abalo social empreendido pelo crime, ou melhor, estaria ligado à repercussão deste fato no seio da sociedade e indicaria o instituto da prisão preventiva como uma forma de acautelar o meio social.

A rigor, cuida-se de exemplaridade, no sentido da imediata reação ao delito e que teria o efeito de apascentar o sentimento de revolta da turba ou saciar o senso de justiça da sociedade insegura diante da delinquência.

Tanto que outros autores, à frente Mirabete, analisam que não é suficiente para ensejar a prisão preventiva apenas a gravidade do delito e sua simples repercussão social sem não antes acrescentar outros requisitos como a periculosidade do réu e mesmo a reiteração da prática de outros delitos.

Por isso, novamente, não deixa de merecer aqui uma reflexão sobre as formas como são vinculadas por alguns órgãos de imprensa as supostas práticas criminosas, não raramente de maneira sensacionalista, em franca ofensa aos direitos públicos subjetivos daqueles que são submetidos à persecução penal.

O que mais das vezes se antevê são os abusos frequentemente praticados pela mídia na divulgação de fatos relativos a investigações policiais, que embora ainda no início, a notícia já é veiculada de forma açodada, em alguns casos até leviana, e até mesmo com a cumplicidade dos próprios órgãos de segurança (com a divulgação ou cessão imprópria da imagem do indiciado, a antecipação dos passos da investigação etc.), quando se sabe que o inquérito policial é marcado notadamente pelo seu caráter sigiloso.

Tal sigilo tem, na realidade, duas razões específicas: primeiramente, é garantir uma melhor apuração dos fatos; e depois, é exatamente proteger a reputação e a vida privada de todas as pessoas envolvidas nesta fase de instrução provisória. No entanto, é comum ser noticiada a prática criminosa e o envolvimento de seus autores, ainda sob o efeito do temível clamor popular.

No entanto, ultrapassada essa fase inicial, o desdobramento prolongado de uma tramitação processual penal já não mais interessa à mídia. Então, o que fora amplamente divulgado e que se projetou no universo de compreensão do cidadão tem força de sentença definitiva.

Mirabete copila todos estes significados quando diz:

A conveniência da medida [...] de ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória, não menos exato é que, a forma de execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do evento, e outras circunstâncias provoquem intensa repercussão, e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública. A simples repercussão do fato, porém, sem outras consequências, não constitui circunstância suficiente para a decretação da custódia preventiva. Nem mesmo a prática de crime definido como hediondo justifica a prisão preventiva se não estão presentes os pressupostos previstos no art. 312 do CPP. Mas, sem dúvida, está ela justificada no caso de ser o acusado dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa, quando se denuncia torpeza, perversão, malvadez, cupidez e insensibilidade moral. (MIRABETE, 1991, p. 382)

Novamente se reafirme opinião do professor Lopes Jr., em crítica relevante a este fundamento para a custódia preventiva em indiscutível ofensa à constitucionalidade da prisão cautelar. Demarca o mesmo:

As medidas cautelares não se destinam a fazer justiça, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo [...] só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim [...]. E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional. (LOPES JR. 2006, p. 213)

O autor justifica esse posicionamento afirmando que a prisão preventiva decretada com base no fundamento da garantia da ordem pública ou mesmo da ordem econômica nada tem haver com os fins da tutela cautelar, pois nesses casos a prisão é utilizada como medida de segurança pública. E finaliza que a única presunção que a Constituição permite é de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros (Idem, 2006, p. 203). Portanto, o que levaria a crer que a prisão decretada nestes casos seria mera pena antecipada.

Nossos tribunais já se digladiaram frente a tema tão polêmico, como veremos nos seguintes arestos, compilados por Mirabete:

Clamor público – STF: A repercussão do crime ou o clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva, dentre as estritamente delineadas no art. 312 do CPP, não cabendo, nessa matéria, a aplicação da analogia do que vem disposto no art. 325, V, da mesma lei processual, que se refere ao clamor público, mas como proibitivo da concessão de fiança. - RT 598/417 (MIRABETE, 1991, p. 390).

Estandalhaço causado pela imprensa – STJ: Não se pode confundir ordem pública com estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime. Como ficar em liberdade é a regra geral, deverá o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP. Ordem concedida - RSTJ 81/361 (Id. p. 390)

Prisão para garantir a ordem pública – TACRSP: Para garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida - JTACRESP 45/580 (Ib.p. 391)

3.2.1.2 As demais hipóteses para fundamentação da prisão preventiva

Mais à frente avanta-se as demais hipóteses para o decreto preventivo: conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica e em tempos recentes, garantia da execução das medidas protetivas de urgência, se o crime

envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei nº. 11.340, de 07/08/2006 (a propalada Lei Maria da Penha).

Afastada momentaneamente a última hipótese, fruto da reforma legal que acrescentou o inciso IV ao art. 313, que veremos mais à frente, por conta de motivação especial de assegurar eficácia legal a lei protetiva à mulher vítima de violência doméstica, assim como a modalidade própria da Prisão Temporária, também motivo de apreciação adiante, originariamente teríamos a possibilidade jurídica de fundamentação da prisão preventiva, em outras três hipóteses. São elas:

Conveniência da instrução criminal: aqui se vislumbra proteger o princípio processual da busca da verdade real, além do contraditório e mesmo do devido processo legal através da escoreita formação da culpa do imputado pelo livre transcurso da instrução criminal, busca impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de prova, seja ameaçando testemunhas, seja apagando vestígios do crime, seja destruindo objetos ou documentos etc., o que não seria possível se o mesmo permanecesse preso. Ora, neste caso o que se busca é que a custódia cautelar tenha como objetivo garantir um processo justo, livre de qualquer contaminação probatória e assegure ao juízo a formação de sua livre convicção.

Nossos tribunais, em alguns momentos já se reportaram sobre o presente fundamento, também como bem lembra Mirabete:

Aliciamento de testemunha – TJRS: Havendo indícios de que o acusado tentou aliciar uma testemunha, impõe-se a sua prisão preventiva, como conveniente à instrução criminal, desde que comprovada a materialidade e havendo indícios razoáveis de autoria, respaldando-se na lei a custódia preventiva que, decretada no resguardo da instrução criminal, levou em conta comportamento do agente tendente a intimidar e aliciar tais testemunhas da acusação assim como outras práticas destinadas a dificultar a apuração da verdade - RJTJERGS 137/740 (MIRABETE, 1991, p. 393)

Garantia de aplicação da lei penal: é a insone presunção de fuga que inviabilizaria a futura execução da pena aplicada ao acusado. Assim, frente à iminente fuga do agente do distrito da culpa e por não ter a mesma residência fixa ou ocupação lícita dentre outros fatores que o vincule territorialmente ao local onde deve responder pelo fato criminoso, haveria um sério risco para a eficácia de uma futura decisão se o mesmo permanecesse em liberdade até o término do processo, diante de sua provável evasão.

Mirabete chega a acrescentar que: a fuga ou escusa em atender o chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda e torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia preventiva. (Id., p. 382)

Entretanto, posteriormente este mesmo autor admite:

Desde que a prisão preventiva se revele necessária, na conformidade do art. 312, não elidem a decretação da prisão preventiva as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter residência fixa e profissão definida, de ter instrução superior, ser industrial, ter família etc. (Ib., p. 383)

Garantia da ordem econômica: refere-se especificamente ao art. 86 da Lei nº. 8.884, de 11.06.1994 (Lei Antitruste), permitindo a prisão do autor de crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, a eliminação de concorrência e mesmo o aumento arbitrário dos lucros.

Contudo, segundo Rangel, seria uma extensão da garantia da ordem pública frente a estes crimes específicos:

Tal modalidade de prisão somente poderá ser decretada se se tratar de crimes previstos nas leis nºs. 8.137/90, 8.176/91, 8.078/90 e 7.492/86 e demais normas que se referem à ordem econômica, como requer o art. 170 da Constituição Federal e seguintes c/c art. 20 da Lei nº. 8.884/94. (RANGEL, 2004, p. 617)

Enfim, como salientado acima, a Lei nº. 11.340/2006 inovou no sentido de admitir a prisão preventiva para outra hipótese além daquelas já relacionadas no art. 313 do Código de Processo Penal. Será ela: a garantia da execução das medidas protetivas de urgência nos crimes violentos contra a mulher e como dito acima, fora mudança empreendida pela referida legislação especial, alcunhada Lei Maria da Penha.

Tal diploma legal em seu artigo 42 alargou as hipóteses de cabimento de prisão preventiva, acrescentando o inciso IV ao art. 313 do CPP, possibilitando o juiz, de ofício ou provocado, decretar tal prisão provisória em face de agressão à mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência elencadas na referida lei.

Contudo, notabiliza-se que, em um primeiro momento tal medida foi recebida com aplausos como um verdadeiro instrumento coercitivo contra a violência doméstica e familiar em relação à mulher. No entanto, logo em seguida, surgiram novas vozes recomendando cautela na abordagem do tema.

Vejamos o que diz Cunha e Pinto, em sua obra *Violência Doméstica*:

Primeiro, não basta para a decretação da medida de exceção, que o crime tenha sido perpetrado contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar. É preciso que, além disso, estejam presentes, também, os pressupostos e fundamentos justificadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP, e de início, se exigirá a presença de prova da existência do crime e indício de sua autoria, a configurar o *fumus boni iuris*. Além disso, a fim de completar o binômio clássico que inspira toda e qualquer medida cautelar, é de rigor a demonstração do *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*), previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão constantes da parte inicial do mencionado artigo. Insistimos, a nova possibilidade que se inaugura para a decretação da prisão preventiva não pode ser interpretada de forma isolada, impondo-se, ao revés, que se atente ao preenchimento dos requisitos gerais de toda e qualquer prisão dessa espécie, mencionados no art. 312 do CPP. (CUNHA E PINTO, 2007, p. 81)

Assim, a prisão preventiva pressupõe, sempre, a prática de um crime, daí concluirmos ser sabível que esta modalidade de restrição cautelar quando frente à presente lei, exigirem-se também os requisitos expostos nos arts. 312 e 313 do CPP, dentre eles, ou fundamentalmente, quando a conduta do agente configurar, além do descumprimento de uma medida protetiva estipulada judicialmente, a convergência também da prática de um crime que dentro dos parâmetros legais e processuais, a justifique, sob pena de afronta ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Em seguida, outra modalidade cautelar de restrição de liberdade é alcunhada de Prisão Temporária e que a princípio teria vindo com o escopo de vedar a famigerada prisão para averiguação, tão comum nos meios policiais e sendo freqüente frente ao vetusto instituto da contravenção penal de vadiagem (art. 59 da Lei de Contravenções Penais), onde o indivíduo era preso a critério policial, para que se pudesse investigar um possível outro delito em que haveria suspeita de sua autoria e/ou participação.

Surgiu em meio a intensas polêmicas, inicialmente em virtude de sua gênese advinda de medida provisória (MP nº. 111, de 24 de novembro de 1989), ou melhor, partindo a iniciativa do Poder Executivo legislando sobre processo penal, matéria que é da competência privativa da União (art. 22, I, CF - 88), e que, portanto, deveria ser tratada pelo Congresso Nacional, mesmo porque, no art. 4º da referida Lei de prisão temporária criou-se um tipo penal frente à Lei nº. 4.998/65 – Lei de Abuso de Autoridade, denotando-se flagrante inconstitucionalidade por vício formal em afronta à carta maior que concede tal prerrogativa ao Poder Legislativo.

E mais: claudicante em sua principal motivação, pois se permite que o Estado lance mão desta modalidade de prisão para investigar, ou melhor, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente é o autor do delito. Ora, então haverá constrição da liberdade de um suspeito que em não havendo elementos suficientes de sua conduta ilícita nos autos do inquérito, é preso para que esses elementos sejam encontrados. É um primor de mendaz inconstitucionalidade.

Mesmo porque, se houvesse elementos de convicção suficientes, o inquérito policial estaria concluído e o Ministério Público poderia oferecer denúncia, iniciando a ação penal e, se necessário fosse, requereria a prisão preventiva. Não obstante, como não existem tais elementos, o Estado constrange para investigar se o indiciado é ou não o autor do fato.

Vislumbre-se o que diz Rangel:

Prisão não pode ser uma satisfação à sociedade por mais grave que seja o crime, mas sim uma necessidade para se assegurar o curso do processo. No caso da temporária é para assegurar que se realize uma investigação sobre o fato, dizem, praticado pelo apontado suspeito, o que, por si só, é inadmissível. Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de Exceção. (RANGEL, 2004, p. 644)

Entretanto, a referida lei está em pleno vigor, sendo aplicada por muitos operadores do direito, o que nos leva a brevemente analisá-la. Vista disso, de logo denotaremos que a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, exigindo, para sua configuração, os requisitos de toda e qualquer medida desta natureza, quais sejam, o *fumus boni iuris* (*fummus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*). Em que pese não serem idênticos aos termos da prisão preventiva, devem persistir para que tal medida restritiva seja decretada de forma fundamentada.

A rigor quando a referida lei refere-se à decretação de tal medida por ser imprescindível para as investigações do inquérito policial, parece-nos que tal imprescindibilidade diz respeito ao *periculum in mora*, pois, sem tal medida o inquérito não poderá ser concluído. Por decorrência de tal raciocínio a sua necessariedade repousa no inciso I do art. 1º da Lei nº. 7.960/89 que rege tal matéria. Acrescente-se ainda que, deve coexistir com o *fumus boni iuris*, representado pelo inciso III do referido artigo 1º, ou seja, a mínima probabilidade do indiciado ser autor ou partícipe do fato delituoso.

Já quanto ao inciso II (quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade) remonta também a uma forma de

periculum in mora, pois o fato do indiciado não ter residência fixa ou haver dúvida quanto à sua identidade, poderia dificultar as investigações do inquérito policial e neste caso havendo fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados no inciso III, decretar-se-ia a prisão.

Por decorrência, a presença do inciso III é obrigatória, pois o legislador vinculou tal fundamentação de forma obrigatória a esta modalidade restritiva de liberdade. Assim, se não for um dos vários crimes elencados pelo legislador de forma exaustiva (*numerus clausus*) tal prisão não é cabível. Então, em conclusão, é imperioso entender que necessariamente devemos ajustar os incisos I e II ou os incisos I e III da referida lei, sem os quais não teremos os pressupostos de toda e qualquer medida cautelar – *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Se observarmos ainda a legislação especial em comento, esta refere-se textualmente a crimes, não havendo possibilidade de interpretação extensiva e nem analógica, afastando sua incidência sobre as contravenções penais. E mais, somente nos crimes dolosos e não em crimes culposos. A fase própria para a sua decretação é durante o curso do inquérito policial, pois, se estivermos no curso da instrução criminal, será o caso de prisão preventiva, pois na letra dos incisos I, II e II do art. 1º da supracitada lei diz o legislador que somente será cabível ao momento da investigação policial.

A prisão temporária somente poderá ser decretada (como toda e qualquer prisão desta natureza) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, porém, não poderá ser decretada *ex officio* pelo juiz, pois pela redação do art. 2º, caput, do referido diploma legal, somente em face de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, seria cabível, diferenciando-se neste caso da prisão preventiva, que admite a decretação *ex officio* pelo juiz durante a instrução criminal.

Por fim, a prisão temporária terá um prazo predeterminado em lei para a conclusão das investigações que a motivaram. Em regra será de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Tal prazo conta-se do dia em que se executar a ordem de prisão, pois não se deve descuidar de que, se for crime hediondo, o prazo será de trinta dias, prorrogável por igual período. Neste aspecto (prazo), a prisão temporária também difere da prisão preventiva, pois, nesta, a duração é pelo período de se concluir a instrução criminal ou até a prolação da sentença.

3.2.1.3 A motivação judicial para o decreto de custódia preventiva

Nossos pretórios são conclusivos no sentido do aqui discernido, pois a partir de seus pressupostos (ou requisitos) e com base em seus fundamentos, deve preocupar sobremaneira à lei, o *periculum in mora*, pois base primordial de toda e qualquer medida cautelar.

Assim vejamos em referências do doutrinador Mirabete:

Necessidade da prisão preventiva – STJ: a prisão preventiva, instituto de exceção, aplica-se parcimoniosamente. Urge, ademais, a demonstração da necessidade. Não basta a comoção social: não é suficiente o modo de execução; insuficientes as condições e circunstâncias pessoais. Imprescindível um – fato – gerar a – necessidade – RT 726/605 (MIRABETE, 1991, p. 389)

Necessidade da motivação – STJ: A liberdade é a regra no Estado de Direito Democrático; a restrição à liberdade é a exceção, que deve ser excepcionalíssima, aliás. Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória; ou seja, ainda que o condenado por sentença judicial, o acusado continuará presumidamente inocente até que se encerrem todas as possibilidades para o exercício do seu direito à ampla defesa. Assim, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá finalidade meramente cautelar. A lei define as hipóteses para essa exceção e a Constituição Federal nega validade ao que o Juiz decidir sem fundamentação. O pressuposto de toda decisão é a motivação; logo não pode haver fundamentação sem motivação. Ambas só poderão servir gerando na decisão a eficácia pretendida pelo Juiz se amalgamada com suficientes razões – RT 725/521-2 (Id. p. 389)

Indiscutivelmente, como medida excepcional que é a prisão preventiva não pode ser adotada se ausente forte fundamento legal. Deve ela apoiar-se em fatos concretos que a embasem suficientemente e não apenas em meras conjecturas sem apoio conclusivo dos autos. Não é a simples gravidade do crime ou o fato de o autor não apoiar-se em bons antecedentes ou mesmo em condição econômica favorável. Veja-se, como citado em Mirabete:

Hipóteses e conjecturas – TJSP: O decreto de prisão preventiva deve ser convincentemente motivado, não sendo suficientes meras conjecturas de que o réu poderá fugir ou impedir a ação da justiça. Assim, a fundamentação não pode se basear em proposições abstratas, como simples ato formal, mas resultar de fatos concretos – RT 714/348 (MIRABETE, 1991, p. 389)

Gravidade do crime – TJSP: A gravidade da infração, só por si, não induz necessariamente a custódia preventiva ou provisória se são bons os antecedentes do réu, ou se for primário e com residência e empregos fixos – RT 601/321 (Id. p. 389)

Em seu art. 315 o Código de Processo Penal solidifica esta postura quando determina que o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado. A

rigor especifica a Constituição Federal que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI).

Ora, trata-se de uma medida cautelar de privação de liberdade que impõe uma exposição fundada em dados reais e concretos que motivem sua adoção, não bastando que o magistrado se refira genericamente aos termos dos autos ou mesmo transcreva os dísticos da lei. Assim se manifestam nossos tribunais superiores, ainda segundo Mirabete:

Fundamentação em conjecturas e suposições – STF: A prisão preventiva deve ser convincentemente motivada. Não bastam, para isso, meras conjecturas de que o acusado poderá evadir-se ou embaraçar a ação da Justiça. Isso se impõe, sobretudo, quando o acusado se apresentou espontaneamente às autoridades. A fundamentação deve ser substancial, com base em fatos concretos, e não mero ato formal - RT 576/446 (MIRABETE, 1991, p. 390)

Reprodução dos dizeres da lei – STF: Nulo é o decreto de prisão preventiva em que o juiz indica abstratamente as causas legais da medida constritiva, sem registro de situações concretas que motivem suficientemente a sua adoção - RT 603/441 (Id. p. 390)

Fundamentação no requerimento do Ministério Público – STJ: Ao decretar a prisão, não deve o juiz limitar-se a encampar os motivos do Ministério Público ou da autoridade policial. Todavia, se o faz, apoiando-se em fundamentos suficientes, e acrescenta sua convicção sobre a necessidade da medida cautelar, a decisão não se reputa desfundamentada - RSTJ 46/17 (Ib p. 390).

Dimana desses fundamentos a característica prevista no art. 316 do CPP que embasa a justificativa da custódia preventiva, podendo a mesma ser revogada conforme o estado da causa (*rebus sic stantibus*), ou melhor, quando desaparecerem as razões de sua decretação durante o curso do processo.

Assim, não estando mais presentes os motivos autorizadores que a determinaram, não deve ser mantida diante de seu eminente caráter de excepcionalidade. Então, se foi decretada para fins de garantir a instrução criminal, finda esta, deve ser revogada. Tanto que é possível ao juiz, apreciando o conjunto probatório remanescente após a decretação da medida cautelar, constante que a mesma é desnecessária ou mesmo inconveniente, o que permitira a sua revogação, em novo despacho devidamente fundamentado, a revogue.

Em vista tudo isso, presentes os pressupostos e justificados seus fundamentos, como vimos em comentários aos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, ela é admissível

apenas, segundo o art. 313 do mesmo diploma legal, nos crimes dolosos, excluído, portanto, qualquer ilícito culposos.

No entanto, se a decretação da medida cautelar é possível pela prática de qualquer crime apenado, em abstrato, com reclusão, tratando-se de crime apenado com detenção, a prisão seria admissível – senão fosse sua duvidosa constitucionalidade – se o réu for vadio ou se frustra sua identificação. Além de ser possível se tratar de criminoso reincidente em outro crime doloso. Assim, por extensão, embora não diga de forma expressa, não seria admissível a custódia preventiva nas hipóteses em que o réu se livra solto, independentemente de fiança, já que nesse caso não se permite o recolhimento sequer em caso de prisão em flagrante. Além, como já visto, quando o imputado for autuado sob o possível abrigo de uma excludente da ilicitude, na forma do art. 314 do CPP.

4 A PRISÃO PREVENTIVA E SUA ADOÇÃO PARA FINS ILEGÍTIMOS DE DEFESA SOCIAL

Partindo das premissas anteriores, haveria a possibilidade de denotar-se que o cerceamento de liberdade provisória em nosso país poderia ser tomado preventivamente em outros sentidos, revestido-se de uma forma desvirtuada, e em alguns momentos, ofenderia o caráter eminentemente instrumental da prisão preventiva?

Assim, seria constitucional e legalmente legítimo adotá-la amparada em um vórtice em que o caráter de exemplaridade a ser impingido à conduta ilícita penal durante a fase de instrução probatória por não se basear em subsidiados meios de provas, mas em simples suspeição de culpabilidade, ou mais gravemente, na presunção de periculosidade do réu, frente à espetacularização dos julgamentos midiáticos, assumiria a verdadeira função punitiva judiciária?

Em face da atual sistemática processual vigente em nosso país, persiste uma discussão freqüente de que a prisão preventiva tem assumido a natureza de uma medida de defesa social, incluindo pressupostos de periculosidade do imputado (em decorrência do crime cometido) e das circunstâncias do fato, subsumindo-se, simplesmente, em um mecanismo de controle social com o emprego corriqueiro do ainda famigerado clamor público ou mesmo do propalado perigo de fuga do imputado.

Por conseguinte, notabiliza-se uma redução expressiva no campo processual penal das garantias fundamentais assentes em nossa Constituição. No afã do combate ao crime, incentiva-se a prática exacerbada de condutas incomedidas e mesmo arbitrárias por parte do Estado, onde o juiz tornou-se um agente de segurança pública e não um garantidor de liberdades.

Seria incongruente que no momento da adoção de uma medida cautelar desta natureza, sobretudo de âmbito pessoal, que o magistrado não analisasse primordialmente as conseqüências jurídicas que podem ser propiciadas com a decretação de tais medidas como, o grau de imputação, a gravidade da pena a ser aplicada, a dimensão da causa que vai ser

julgada, a busca do interesse público e o possível êxito do processo, e como é lógico, o perigo de reiteração ou prática de fatos análogos e não tão somente a gravidade de tais fatos.

É da confluência destes mencionados interesses que exsurge a medida mais adequada em cada situação concreta, cabendo ao juiz não só fazer o devido sopesamento, como também e, sobretudo fundamentar a necessidade concreta da medida adotada, apontando fatos reais (e não supostos) reveladores dessa imprescindibilidade.

O doutrinador Nucci em seus comentários praticamente sintetiza tais clamorosas reações quando diz:

Crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da Justiça e do sistema penal. Não se pode, naturalmente, considerar que publicações feitas pela imprensa sirvam de base exclusiva para a decretação da prisão preventiva. Entretanto, não menos verdadeiro é o fato de que o abalo emocional pode dissipar-se pela sociedade, quando o agente ou vítima é pessoa conhecida, fazendo com que os olhos se voltem ao destino dado ao autor do crime. Neste aspecto a decretação da prisão preventiva pode ser uma necessidade para a garantia da ordem pública, pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave, envolvendo pessoa conhecida (autor ou vítima). Se a prisão não for decretada, o recado à sociedade poderá ser o de que a lei penal é falha e vacilante, funcionando apenas contra réus e vítimas anônimas. (NUCCI, 2007, p. 591).

Partindo-se desses juízos de conveniência e oportunidade, sob o calor dos fatos, é que se vislumbra um modelo de prisão preventiva à brasileira, como uma resposta às precariedades de nosso sistema processual penal.

4.1 O Panóptico brasileiro: um modelo desvirtuado de prisão preventiva

O pensador francês Foucault já se referia a estas formas de tratamento legal ao analisar a história da repressão penal no mundo ocidental. Assim, ao comentar sobre um modelo de prisão designado de panóptico dizia:

O princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se todas as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha. O panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder...que ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens...é a utopia do encarceramento perfeito, uma jaula cruel e sábia. (FOUCAULT, 2004, pág.169):

Tal modelo prisional foi originariamente idealizado pelo inspetor Jeremy Bentham e representava uma composição arquitetônica de cunho coercitivo e disciplinatório, que possuía o formato de um anel dividido em celas, à periferia, tendo ao centro uma torre com duas vastas janelas que se abrem ao seu interior e outra única para o exterior permitindo que a luz atrevesse cada cela de lado a lado. Na torre central deve-se colocar um vigia e em cada cela trancafiar um condenado.

Assim, através do jogo das luzes, torna-se impossível ao detento saber se naquele ponto central está ou não alguém à espreita. Encontrava-se isolado e é por horas ou dias, exposto à observação dos mestres do panóptico, mas sem saber se a vigilância é ininterrupta ou não, pois a incerteza dessa vigilância intermitente os adestra.

Tal modelo utilitarista permitiria um acompanhamento minucioso da conduta do detento pelo diretor, mantendo-o observado num ambiente de incerteza sobre a presença concreta deste. Essa incerteza resultaria em eficiência e economia no controle dos detentos, pois tendo invadida a sua privacidade de modo alternado, furtivo, incerto, ele mesmo se vigiaria.

Com efeito, simbolicamente, o atual modelo de prisão cautelar empregado em nosso país poderia assemelhar-se ao panóptico criado por Bentham e tão bem caracterizado acima pelo pensador francês Foucault.

Então, a par disso, neste mundo pós-moderno, a vigilância se espalhou de modo similar por toda a sociedade em uma rede ramificada de controles jurídicos que vão além das próprias estruturas físicas das instituições estatais.

Hoje, por exemplo, o observador não necessitaria ser um diretor, mas pode ser um instrumento ou uma personificação do Estado e de seus diversos meios de repressão. Pode até ser um juiz policalesco onde a toga toma conformação de uma farda que procura condenar para obter aprovação da população aterrorizada, criando uma falsa concepção de segurança e justiça. Representaria então um eterno e simbólico vigia.

Em nosso país algumas vozes já se manifestaram no sentido distorcido que vem tomando a utilização patológica da prisão preventiva. O professor Lopes Jr. assevera:

Neste momento evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade típica de polícia,

utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública. Quando se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheio ao objeto do processo penal (LOPES JR., 2006, p. 214)

Destarte, o que tem que ficar evidenciado neste quadrante de nossa história jurídica e que vem sendo insistentemente mantido como uma forma de truísmo legal, é que as medidas cautelares em certo momento e conforme certas conveniências se destinam a fazer justiça, e não garantir o seu normal funcionamento através do devido processo legal.

Então é de fundamental importância fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento em âmbito penal) e somente o que for verdadeiramente cautelar é considerado revestido da devida constitucionalidade.

Tal fenômeno é por mais das vezes desencadeado por uma parcela da conhecida mass media, que acredita que cumpre seu papel, divulgando e explorando sangrentas notícias que envolvem a maioria dos fatos criminosos violentos.

Imbuída de um malfadado sensacionalismo acaba influenciando e/ou manipulando uma grande parte da população menos esclarecida, fazendo com que, em polvorosa, chegue mesmo a ir às ruas manifestar-se contra ou a favor de quem quer que seja.

Assim, os efeitos da divulgação em relação ao imputado como é previsível, quase sempre são desastrosos, pois desencadeiam um processo social reativo provocando uma forma de indignação sistêmica em toda a sociedade.

Notabiliza-se que é comum nos casos de maior repercussão midiática, o poder judiciário ver-se numa situação complexa do ponto de vista político-funcional e, pressionado pela opinião pública, presta uma tutela jurisdicional que se desvia da finalidade garantista pro réu que o moderno processo penal constitucional objetiva.

Então, como é evidente, este fenômeno ocasionará um ciclo de atos que pode levar o magistrado a tomar uma decisão pautada no atendimento dos anseios de um povo aterrorizado e devidamente manipulado pela mídia, afetando a própria justeza do ato judicial e expondo ao risco o próprio processo legal idealizado e institucionalizado pelo Estado Democrático de Direito.

Nessa ânsia de proferir uma resposta judiciosa ao fato narrado, o juiz retoma suas origens de boca da lei e por vezes, desconsidera as garantias fundamentais previstas pela Constituição Federal de 1988. É o decantado Estado de Polícia ou Estado Policialesco.

Tanto que a jurisprudência pátria recentemente enfocada perante o Supremo Tribunal Federal tem buscado sedimentar novo entendimento:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE DO CRIME E NO CLAMOR PÚBLICO. INVABILIDADE DE MANUTENÇÃO. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE A JUSTIFIQUEM. ORDEM CONCEDIDA. I – O decreto de prisão cautelar há que se fundar em fatos concretos. Precedentes. II – A mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social, de per se, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o acusado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal. III – HC conhecido, para conceder-se a ordem. HC 94554/BA – BAHIA, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 10/06/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe-117 DIVULG 26-06-2007 PUBLIC 27-06-2007, EMENTA VOL-02325-05 PP-0083.(NUCCI, 2007,593)

Ademais, não se busca discutir aqui sobre a repercussão social advinda da prática de um crime. O que se procura ressaltar é uma espécie de discurso especificamente confinado e dirigido a um objetivo especial que leva, na maioria dos casos, a abusos significativos no tratamento dado ao acusado durante o transcurso da instrução processual penal, mormente no que diz respeito à prisão provisória e a uma frustração na resposta esperada pela sociedade no controle da criminalidade.

De há muito existem estudos versando sobre o simbolismo desvirtuado de que se reveste o Direito Penal como resposta primária e natural ao delito, ou seja, sua capacidade dissuasória de acordo com a gravidade da pena, como bem preleciona o criminólogo, García-Pablos de Molina adiante:

Desde a famosa obra de Beccaria (1764), no entanto, sabemos não só que a necessidade é o fundamento último do castigo (toda pena que não deriva da absoluta necessidade é tirânica), dizia o autor, senão que a própria eficácia intimidatória da pena não depende de seu rigor e severidade, senão da certeza (infalibilidade) e prontidão com que se imponha, dentre outros fatores. A pena certa, pronta, necessária e proporcional ao delito – assegurava o Marquês de Beccaria – é mais eficaz que a pena dura e cruel. A pena injusta ou desproporcional aterroriza, não intimida, desacredita o sistema e comumente produz efeitos criminógenos, segundo se infere de uma dilatada experiência histórica. Esta tem demonstrado, também, os riscos de uma concepção estritamente intimidatória do castigo, que difunde o terror penal, mediatiza o apenado em prol de fins prevencionistas e coloca a pena

pública – por dizê-lo com as palavras de Hegel – como o amo que levante o bastão contra o cachorro. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e GOMES, 2002, p. 414)

Denote-se com a figura simbólica aludida na parte final da citação do criminologista espanhol como lembra a prisão preventiva em nosso país, quando o pensador Hegel vitupera que é preciso que se tenha sempre um bastão para ameaçar sempre o cachorro, amedrontando-o permanentemente.

Assim, o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência não subsiste com finalidade de impedir alguma forma de prisão antecipada, mas sim, para reforçar-lhe o disciplinamento na hora de sua decretação. Portanto, não é mais possível aceitar a idéia amplamente difundida que define o encarceramento preventivo como a mais rápida solução da qual não se pode abrir mão, sob pena de falência do sistema legal.

Ao revés, no momento da decretação da prisão preventiva, além de atender aos requisitos formais do Código de Processo Penal (arts. 312 e segs.), o que existe de mais imperioso é a postura impostergável do Poder Judiciário em sopesar os vários interesses em conflito para descobrir quais, concretamente, devem preponderar.

Assim, deve-se ponderar acerca do interesse na própria proteção dos direitos fundamentais, da tutela de outros bens constitucionalmente protegidos, do correto desenvolvimento do processo, bem como do adequado funcionamento das instituições processuais e, especialmente, os interesses da persecução penal, que genericamente consistem tanto na realização cautelar ou como final do *ius puniendi*.

Esta marcante e aparentemente insolúvel dificuldade na compatibilização da prisão sem sentença definitiva e a intransponível ofensa ao princípio da presunção de inocência já fora chamado pelo professor Ferrajoli de verdadeira aporia e deve, em seu entendimento, ser totalmente suprimida.

Diz o mesmo como que sintetizando todas as opiniões sobre o controvertido tema:

O imputado deve comparecer livre perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas. A única necessidade processual que pode justificar uma coação momentânea – a não deterioração

das provas antes do primeiro interrogatório – é ao menos em grande extensão satisfeita pela condução coercitiva do imputado à frente do juiz de modo a permitir a contestação do fato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores. Certamente, sobretudo para alguns crimes graves, existe o perigo de que mesmo após o primeiro interrogatório e das primeiras averiguações o imputado adultere as provas. Mas nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar. (FERRAJOLI, 2002, p. 449).

Após tão autorizado magistério, sedimenta o jurista italiano o entendimento de que, se alguma forma de restrição de liberdade provisória para que não seja tomada como desproporcional – seja a mera condução coercitiva – somente se justificaria nos processos de crimes mais graves e com fundamento em exigências instrutórias bem motivadas.

Ademais, após o devido interrogatório restariam somente duas possibilidades: ou se conclui que existem provas adequadas de culpabilidade, e então não há razão para se procrastinar o julgamento e para não conduzir o imputado à presença dos juízes para que se proceda ao debate nas formas simplificadas previstas hoje para os julgamentos abreviados ou não há essas provas e então o imputado tem o direito de não ser preso no decorrer do processo e, por conseguinte de defender-se de modo mais livre com base em sua presunção de inocência.

Por conseguinte, o jurista peninsular já então detectava o maior problema envolvendo tal instituto: quando se deflagra esse processo de interação do aplicador da lei com os acontecimentos sociais, podem surgir situações em que motivações como o clamor público se coloquem como um verdadeiro obstáculo inerente ao caso concreto e podem colocar em risco outros bens jurídicos considerados relevantes ao ser humano como, por exemplo, o *jus libertatis* – a liberdade de locomoção.

Assim, em sua peroração, ao término da apurada análise do tema ele ainda registra:

Isso quer dizer que as culturas da justiça são múltiplas, frequentemente ambivalentes, às vezes conflitantes, e, sobretudo historicamente mutáveis; que assenta na responsabilidade intelectual e política dos juristas e dos legisladores defenderem e consolidarem os valores de razão, de tolerância e de liberdade que estão na base daquela conquista de civilidade que é a presunção de inocência e que em boa parte se identificam com os valores da jurisdição. (FERRAJOLI, 2002, p. 450)

Restaria então ao lúcido professor uma solene esperança. Ele não esconde, ao término de tão atual e vibrante tema, que em curto prazo, sua posição é quimérica e dependeria de uma

quebra de resistências frente ao que ele chama de culturas conservadoras, não em decorrência de razões técnico-jurídicas ou mesmo lógicas, mas sim da inatividade dos aparatos existentes e da irresignação a tais mudanças.

5 CONCLUSÃO

Em que pese a postura adotada pela maioria dos nossos estudiosos de que a consagração do Princípio da Presunção de Inocência em nossa carta constitucional não afasta a constitucionalidade das espécies de prisão provisória, em especial a prisão preventiva, este mesmo diploma maior vedou terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exatamente porque as previu e manteve-as como medidas cautelares de prisão utilizáveis como instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade.

Porquanto, não previu a Constituição Federal de 1988, qualquer outro fundamento para este tipo de prisão que não estes: a cautelaridade e a pena. Principalmente quando se constata que o argumento que mais comumente ampara os defensores da prisão preventiva é o volúvel clamor social exigindo que o delinqüente ainda não julgado seja punido exemplar e imediatamente.

Este seria o bode expiatório que justamente contra estas situações fez nascer o moderno processo penal como um delicado mecanismo que não serviria para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante acusados, não podem ser ditos culpados sem provas definitivas e cabais.

O doutrinador Martins, citando Betiol, assim asseverou:

A presunção de inocência nasceu como idéia-força a influir no psiquismo geral, no sentido de fixar a imagem de um processo que não estivesse a serviço da tirania, mas que, ao contrário, desse ao acusado as garantias da plena defesa. Estabelecendo que o absolvido por falta de prova era presumido inocente, a regra atingia sua finalidade prática, como idéia-força, sem subverter a lógica. Pois uma coisa é não se declarar que não se considerar culpado quem não foi condenado, como fizeram os escritores medievais, e outra, bem diferente, é afirmar que o réu se presume inocente até que seja condenado. (MARTINS, 1981, pgs. 26/27)

A hodierna generalização do sentimento de insegurança e medo diante da escalada do crime forma o caldo de cultura para o intermitente retorno do clássico tema da erosão da lei e da autoridade. Acrescente-se, cum grano salis, a impunidade como uma condição necessária

para o equacionamento do problema, lembrada sempre na crescente ausência de punições efetivas.

Para alguns setores mais conservadores, esta impunidade sistemática levaria à ilegitimidade da autoridade jungida à ineficácia do aparelhamento do Estado, configurando uma verdadeira anomia. Este discurso faz crer que as instituições sociais existentes para que se faça cumprir as leis falham nos seus objetivos, como a polícia e o Poder Judiciário. Daí prender-se antes de investigar mais a fundo e se possível de logo manter-se preso, como um instrumento imprescindível de exclusão de comportamentos penais ilícitos.

Em termos de perspectiva histórica, é como se não tivéssemos ainda saído do século XIX, porque as mesmas razões punitivas são utilizadas em nosso tempo, embora os conflitos e o senso de litigiosidade sejam absolutamente diversos, embora recrudescido o desejo de punir sempre com mais intensidade.

Esta obsessão punitiva edifica e busca justificar toda uma imensa e resistente estrutura de prevenção e segurança para fazer face aos medos, ao pânico, aos perigos e ameaças que tornam a vida em sociedade absolutamente incerta diante de seus riscos.

Tanto que já no final do referido século XIX o filósofo alemão Nietzsche já se incomodava com as demandas de ordem, segurança e moralidade daquela época. Para ele a punição está presente desde origem do homem moderno e paira sobre um possível sentimento não esquecer o fato. Dizia o mesmo que apenas o que não cessa de causar dor fica na memória e quanto pior a memória mais terrível o aspecto de seus costumes, repercutindo em especial na dureza das leis penais e nos dando uma justa medida do esforço de manter presentes algumas elementares exigências do convívio social.

Assim, para aquele pensador, o conceito moral de culpa teve sua origem no conceito material de dívida e o castigo é de fato uma forma de reparação com as idéias de dano e dor associadas. Assim, no passado não muito remoto e redivivo em nossos dias castigava-se de imediato para desafogar a raiva pelo dano causado e não como o humanismo preconiza, pelo efetivo desequilíbrio advindo da quebra dos elos normativos com a sociedade.

Por conseguinte, na constituição das sociedades modernas os indivíduos são os devedores e a sociedade a credora que deve constantemente fazer lembrar a dívida de seus membros frente aos benefícios sociais que lhes são concedidos. Então, ao encontrar a origem

da punição humana na relação credor/devedor, Nietzsche esclarece o procedimento genealógico de sua análise segundo o qual um aspecto a não se considerar para historiar a gênese da punição é a real finalidade advogada para ela.

Vislumbremos o que ele professa:

Justamente entre prisioneiros e criminosos o autêntico remorso é algo raro ao extremo, as penitenciárias e casas de correção não são o viveiro onde se reproduz esta espécie de verme roedor. [...] Não subestimemos em que medida a visão dos procedimentos judiciais impede o criminoso de sentir seu ato, seu gênero de ação como repreensível em si: pois ele vê o mesmo gênero de ações praticado a serviço da justiça, aprovado e praticado com boa consciência - espionagem, fraude, uso de armadilhas, suborno. (NIETZSCHE, 1988, pgs. 86/87)

Partindo dessa premissa, podemos denotar que o principal efeito do castigo antecipado com a utilização desmesurada das prisões provisórias é aumentar a prudência ou o cuidado do criminoso de não ser pego pelas malhas da justiça. A possível deturpação que ocorre em nossos mecanismos legais advém com o aumento da criminalidade, da violência e do medo, fomentado concomitantemente o recrudescimento de penas e a efetivação de medidas anti-garantistas como respostas rápidas que banalizam o sistema processual penal brasileiro, principalmente frente a alguns setores marginalizados de nossa sociedade.

Some-se a este caldo de cultura o papel da imprensa e sua retórica de impacto, escamoteando ao público a maior parte da complexidade social, com sua crescente e estridente agressividade e onde a maior parte das informações divulgadas, o são por que alguém assim o preferiu e tem interesse na sua forma de veiculação, que alcança uma escala ainda mais grave quando se trata do espectador de televisão, meio básico de informação da maior parte da população.

Deveria ser um veículo do esclarecimento ao público, mas termina por reduzir-se em reproduzidas de preconceitos e deturpações ideológicas. O importante é o mercado, embasado em exposições impressionistas que vendam em seus intervalos comerciais, produtos de consumo de fácil acesso e duvidosa eficácia.

Em outras palavras: a imagem pública transforma-se em mercadoria e se adequa às leis do mercado. O crime passou então a ser também uma mercadoria. A sociedade do direito vê-se engolfada pelo mundo da publicidade e do capital, e o mercado, por vezes, não reconhece direitos.

Ora, a prisão suaviza uma série de problemas, principalmente em um país como nosso que passa por grave instabilidade social com o conseqüente aumento das taxas de criminalidade, inclusive, violenta, trazendo, concomitantemente, uma mobilização social em torno da reivindicação da conquista dos direitos considerados fundamentais.

Em vista disso chegamos à culminância deste diversos fenômenos: uma mobilização em torno da demanda pela aplicação da lei, pois lei respeitada passa a ser vista como garantia de direitos. No entanto, frente aos resultados das políticas punitivas das últimas décadas, não se constata efetivos efeitos sobre a limitação dos comportamentos criminosos.

Para tanto, podemos contabilizar milhares de mandados de prisão que aguardam execução, seja por falta do devido aparelhamento policial seja por falta de vagas nas instituições carcerárias resultando no abalo da legitimidade do sistema judicial criminal com o enfraquecimento dos profissionais desta área e a falta de cooperação por parte da comunidade.

Com efeito, é perfeitamente discutível saber se o endurecimento das políticas penais e processuais penais mais abertamente voltadas para a suposta defesa social em detrimento das políticas de reinserção social e ainda o emprego generalizado do direito penal simbólico com vistas a debelar os efeitos da insegurança social são consistentes o suficiente para a manutenção desse discurso rígido e simplista pertinente à outra época, seguindo uma lógica de um panóptico, como visto anteriormente.

Assim, acreditar que se conseguirá alguma forma de recuo da delinquência com tais meios – aparelhos policial e penal – já é uma duvidosa falácia. Ao revés, recorrendo à banalização do recurso ao aparelho repressivo, diminui-se seu efeito dissuasivo e aumenta-se seu aspecto estigmatizante.

Chega-se mesmo a constatar que os excessos perpetrados pelos meios policiais em certos bairros periféricos que beiram a segregação induzem a uma cultura de resistência à autoridade, alimentando ainda mais nosso precário modelo prisional - onde pequenos delinquentes se tornam os piores criminosos - desestabilizando famílias e zonas pobres submetidas ao seu estímulo como uma irrefreável fábrica de ineficiência e precariedade.

Ao fim das contas é como um fracasso programado da gestão penal da miséria, mas que continua servindo como uma justificativa para este discurso inesgotável sobre a

responsabilidade individual restando por perpetuar a sua extensão indefinida. O que não tem remédio, remediado está.

No entanto, frente a experiência de outros países, guardadas as devidas peculiaridades, denota-se que é preciso recusar a separação entre o individual e o social, fetiche muito utilizado por pensadores que apóiam idéia de lei e ordem sem ver a falsa dicotomia entre condutas individuais e causas sociais se fechando num impasse em que se chegará a uma escalada penal sem fim, que buscará sempre sua própria justificação.

A rigor, o sistema processual penal continua germinado de institutos inquisitórios sob estes pretextos, baseado em uma série de idéias difusas, obsoletas e ultrapassadas, quando a realidade é a do aprisionamento dos processados não condenados formando grande parte da população carcerária em decorrência do confinamento discursivo a que se submete a sociedade brasileira.

É uma crônica aterradora e anunciada. Em recente campanha nacional em meados de 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constatou que mais de 40% dos 446,6 mil presidiários existentes neste país cumprem prisão provisória. Em 1995, era menos de 1/3 dos então 148,7 mil presidiários ainda não julgados. É uma espiral considerável: prende-se mais, julga-se menos. Descobriram inclusive, no Estado do Espírito Santo o caso de um lavrador que ficou preso 11 anos sem julgamento, por um crime de homicídio ocorrido em 1998, devidamente confessado. Ou seja: o acusado, réu confesso, permaneceu preso preventivamente por mais de um terço da pena máxima a ser aplicada no país, sem nenhum benefício ou amparo legal.

Não é recente e nem será tão cedo que se pacificará a controvérsia existente acerca da constitucionalidade e necessidade das prisões provisórias em face do Princípio do Estado de Inocência. Apesar das decisões judiciais que busquem sedimentar algum entendimento, controvérsias e debates subsistem, a respeito do tema, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial. Seria irônico, senão fosse trágico diante desta miríade de opiniões: perante casos semelhantes, os mesmos motivos fático-jurídicos que levam a prender, levariam também à liberdade. É a difícil tarefa, na ponderação dos valores constitucionais: legitimar a atuação estatal sopesando as mínimas garantias constitucionais do réu.

A problemática resvala, inclusive, na divergência tangente à própria finalidade do processo penal: é um freio aos tentáculos arbitrários do grande leviatã, o Estado e também

meio legítimo de aplicar o *jus puniendi*. Assim, a existência de hipóteses de mitigação de direitos constitucionais do réu, ferindo o epicentro desse sistema, a presunção de inocência, sem observar os principais objetivos das prisões cautelares, negam os dísticos de um devido processo penal constitucional.

A rigor, as medidas cautelares existentes no processo penal brasileiro possuem como requisito básico a busca da segurança ao bom andamento processual tendo como escopo uma decisão válida, passível de produzir seus lícitos efeitos. Dentre tais medidas cautelares, as de caráter pessoal, tal como a prisão preventiva, possuem características mais singulares, pelo simples motivo de versarem sobre a garantia constitucional de liberdade do indivíduo antes da formação do título penal – a sentença condenatória transitada em julgado.

Examinadas suas hipóteses de cabimento e seus fundamentos, ressaltam-se, sem sombra de dúvida, pelo menos, como balizas legais para sua aplicação alguns aspectos indiscutíveis: seus traços de excepcionalidade e provisoriedade. Por conseguinte, a uma, a partir do pressuposto constitucional inerente ao Princípio do Estado de Inocência, nenhuma medida desta natureza, restritiva ao *jus libertatis* do indivíduo, deve ser tomada senão em âmbito excepcional e quando devidamente evidenciados os justificados fundamentos para tal ordem.

A duas, tal medida por ser cautelar é de cunho instrumental, e como tal, serve para alcançar determinado objetivo transcorrente no curso do processo criminal, tendo por sua justificativa inerente, o singelo fato de que sua eficácia também é provisória, cessando seus efeitos quando advém a decisão do processo principal ou qualquer outro motivo que venha a torná-la desnecessária.

O que se depreende, então, desses raciocínios é que a mitigação destas peculiaridades torna injustificável sua duradoura permanência e transmutar-se-ia inescusavelmente em uma forma de antecipação do cumprimento da pena condenatória, gerando um ofensivo constrangimento ilegal do indigitado acusado.

Podemos então constatar que não será um processo penal de emergência o meio mais apropriado de sanar os problemas e as mazelas sociais de um país desfigurado por uma intensa concentração de renda e injusta forma de distribuição das riquezas nacionais.

Algumas modificações devem ser almejadas, tais como o aceleração das fases processuais, criação de outros meios de cerceamento de liberdade que assegurem a eficiência

judicial, reabilitando as funções cognitivas em relação às funções potestativas da jurisdição, expurgando esta proliferação do cárcere sem processo enfrentando esta crise de legitimação do Poder Judiciário e devolvendo aos juízes o papel, hoje esmaecido, de garantidores dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e da Penas*. 1. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EAo.htm>. Acesso em: 8 ago. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 29 ed. Petrópolis: 2004.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luis Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luis Flávio. **Revista Jurídica**, n. 189, Porto Alegre: Síntese, jul. 1994.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4 ed. Lúmen: 2006.

MARTINS, Weber. **Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MINAYO, Maria Cecília (org). **Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999 (1)

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991 (2).

NETO, João Augusto Mattar. **Metodologia Científica na Era da Informática**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal Comentado**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 (1).

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 (2).

PESCUNA, Derma; CASTILHO, Antonio Paulo Ferreira. **Trabalho Acadêmico – O que é? Como fazer? Um guia para suas apresentações**. São Paulo: Olho d' água, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ (UECE)/IEPRO – INSTITUTO DE ESTUDOS , PESQUISAS E PROJETOS DA UECE. **O Projeto de Pesquisa e a Monografia: Etapas Fundamentais do Trabalho Científico**.

ZACKSESKI, Cristina. Da Prevenção Penal à Nova Prevenção. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. nº 29, São Paulo: jan-mar. 2000.