



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos da prisão preventiva no Direito Processual Penal Brasileiro

Breno Niemeyer Teixeira de Barros e Vasconcellos

Rio de Janeiro
2011

BRENO NIEMEYER TEIXEIRA DE BARROS E VASCONCELLOS

Aspectos da Prisão Preventiva no Direito Processual Penal Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^o. Nelson Tavares
Prof^o. Guilherme Sandoval
Prof^a. Néli Fitzner
Prof^a. Mônica Areal
Prof^a. Kátia Silvia

ASPECTOS DA PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO

Breno Niemeyer Teixeira de Barros e Vasconcellos

Graduado pela Universidade Estácio de Sá –
Campus Menezes Cortes. Advogado.

Resumo: O presente estudo, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pretende comentar o instituto da prisão preventiva no direito processual penal brasileiro, sob os aspectos constitucionais, a prisão ilegal, a visão social em relação a seu manejo, as condições a que são submetidos os detentos preventivos, as consequências que decorrem ao preso por sua aplicação inapropriada, e a viabilidade de indenização nesse caso. Para tanto, alude à sua previsão constitucional e infraconstitucional, essa última pelo Código de Processo Penal, bem como, de sua repercussão em demais legislações especiais, e os aspectos de inconstitucionalidade que circundam o tema.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisão Processual. Cabimento. Clamor público. Ordem Pública. Liberdade de Locomoção. Presunção de Inocência. Prisão Indevida. Indenização.

Sumário: Introdução. 1. Abordagem Geral Constitucional do Tema. 2. Impossibilidade de indenização por Prisão Preventiva Indevida. 3. Ausência de condições de permanência dos presos preventivamente nas Casas de Custódia. 4. Críticas ao Texto Legal Autorizador da Prisão Preventiva. 5. Inconstitucionalidade do fundamento “garantia da ordem pública” para embasar o decreto de Prisão Preventiva. 6. O Clamor Público como desdobramento do fundamento de garantia da ordem pública, e a visão social equivocada quanto ao Instituto da Prisão Preventiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a discutir os aspectos circundantes da aplicação da Prisão Preventiva no Direito Processual Penal Brasileiro, notadamente, as implicações constitucionais de seu manejo por decisão judicial não satisfatoriamente fundamentada; sua contraposição ao princípio constitucional da presunção de inocência e da não-culpabilidade; e da supressão do direito a liberdade de locomoção por decisão judicial no curso do processo judicial, por vezes em fase embrionária, que objetiva a formação de culpa. Em todos os aspectos mencionados, o estudo pretende traçar críticas à norma autorizadora da Prisão Preventiva, mormente no que tange a sê-la possível de decretação em qualquer processo criminal judicial onde se apure delito punido com pena de reclusão, seja qual for o *quantum* da pena ao final alcançado.

Nessa esteira, o trabalho demonstra que, por vezes, a pena ao final atingida no feito criminal não se materializará como de espécie privativa de liberdade, contudo, resta facultado ao magistrado decretar a Prisão Preventiva no curso do processo, impingindo ao acusado tratamento mais gravoso no deslinde da ação penal, do que lhe espera ao seu final.

Outra acepção empregada neste estudo é a crítica ao senso comum, materializada no descrédito ao Poder Judiciário, quando ocorre a soltura do acusado em processo criminal, acreditando ser a regra a manutenção da custódia do réu, por todo o curso da ação penal, o que se mostra equivocado em vista do texto legal que autoriza essa custódia provisória.

No mesmo sentido, mostrava-se a anterior redação da Lei dos Crimes Hediondos, que previa a impossibilidade da concessão de liberdade provisória a acusados em processos criminais onde se apurasse delitos daquela natureza, tornando por obrigatória, em inteligência *contrario sensu* do texto legal, a prisão processual desses réus, o que foi declarado

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e posteriormente alterado por ordinária federal, suprindo tal disposição legal do citado do citado diploma.

As conseqüências deixadas pelo que é criticado neste trabalho mostram-se evidentes no dia-a-dia forense, mormente pela indiscriminada decretação de prisões cautelares no curso de processos criminais, sem que minimamente avalie-se a sua real necessidade, visto a privação de liberdade, ainda que por pouco tempo, resultar dano de impossível indenização ao indivíduo, além de mácula irreparável em sua imagem perante o meio social em que vive, portanto, a fundamentação do decreto prisional deve atender aos ditames constitucionais.

1. ABORDAGEM GERAL CONSTITUCIONAL DO TEMA

Prevê o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, garantia à inviolabilidade do direito de liberdade do indivíduo, tendo-se tal, dentre outras, como Cláusula Pétrea, reputada de basilar a manutenção do chamado estado democrático de direito, sendo a plenitude dessa abstenção estatal excetuada, nas hipóteses previstas na própria Carta Política, a qual institui as possibilidades de se levar alguém ao cárcere, por ilícitos civis e penais, sendo estes últimos o cerne a ser estudado.

Isto porque, estatui o inciso LXI do indigitado dispositivo constitucional, que não se levará ninguém a prisão, sem flagrante delito ou ordem fundamentada, emanada de autoridade judiciária competente, sendo tal assertiva como exceção à regra da plena liberdade de locomoção do indivíduo (art. 5º *caput* e inciso XV, da Constituição Federal).

Por estar sendo suprimido tão relevante direito, a Carta Magna impõe que a decisão judicial se dê fundamentadamente, não só pelo referido dispositivo, como também pelo art. 93, inciso IX daquele texto, onde também se exige a fundamentação para qualquer decisão

judicial, sendo a redação desse comando constitucional dada pela aclamada Emenda Constitucional n.º. 45/2004.

Ainda em análise ao que traz o texto constitucional sobre o tema, importa destacar os princípios da legalidade, do devido processo legal, e o da presunção de inocência, de enorme importância neste estudo, previstos nos incisos II, LVI e LVII, respectivamente, todos contidos no art. 5º da Constituição da República.

Para Celso Ribeiro Bastos¹, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que não tutela especificamente um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir injunções que lhe sejam impostas por outra via que não a prevista em lei.

Com efeito, o sistema normativo constitucional, através de seus preceitos, exerce notória influência sobre os demais ramos do direito. Esta influência destaca-se no âmbito processual penal que trata do conflito existente entre o *jus puniendi* do Estado, que é o seu titular absoluto, e o *jus libertatis* do cidadão, bem intangível, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana.

O confronto entre prisão preventiva, que tem natureza processual e cautelar, constituindo-se em privação de liberdade do indiciado ou acusado por decisão fundamentada de juiz competente, e o princípio da presunção de inocência, sempre será palco de muitas discussões para os estudiosos do direito processual penal, levando a debates que não de repousar sobre a matéria constitucional a que diz respeito, já que as inafastáveis garantias no que tange a matéria possuem tratamento privilegiado no texto Sublime.

Pode-se afirmar que a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões cautelares, que continuam sendo pacificamente reconhecidas pela jurisprudência de todos os Tribunais. A presunção de inocência é parte vital da democracia onde, por princípio, todos são iguais perante a lei. Então, que todos sejam

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 186.

nivelados pelo lado mais positivo, a inocência. Não pode haver precipitação no momento de decidir o futuro do agente, pois assim como o ser humano é passível de erros ao ponto de praticar um crime, assim também poderá sê-lo ao decretar a custódia preventiva.

Sustenta Mirabete² que a Carta Magna não veda a decretação de qualquer espécie de prisão provisória pelo juiz, e não autoriza indiscriminadamente a liberdade do acusado durante a ação penal, pois o art. 5º, inciso LXI, permite o recolhimento à prisão durante o processo, por flagrante ou ordem judicial, quando houver previsão legal. Para o citado autor, o referido princípio constitucional impede a execução da pena, e dos efeitos da condenação, antes do trânsito em julgado da sentença, mas não a decretação de prisão provisória.

Para Aury Lopes Jr.³, do princípio da presunção de inocência decorrem conseqüências tais como as regras de tratamento da parte passiva, uma vez que obriga ao Juiz ter uma "postura positiva", no sentido de tratá-la como inocente, o que coloca o julgador em um "estado de alheamento", que consiste na "consagração do Juiz de garantias ou garantidor", bem como regras para o julgamento, implicando a valoração da prova. Também o princípio, segundo o autor, leva à "obrigatoriedade de que a constatação do delito, e a aplicação da pena, será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença fundamentada".

Após tais premissas, pode-se entender que, segundo o complexo de normas constitucionais sobre o tema, a prisão processual, como forma de limitar temporariamente o exercício do fundamental direito à liberdade, deve advir de decisão judicial fundamentada, e mesmo antes de se apurar a culpa definitiva do indivíduo, já que pode ser aplicada tanto durante o inquérito policial, quanto no curso da ação penal.

Isso entendido, verifica-se que eventual decreto prisional vacilante em sua fundamentação, não só afronta o dispositivo legal autorizador do seu manejo, previsto na Lei

² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Comentado*, 15. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 927.

³ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 148.

Processual Penal, como desafia princípios basilares da Constituição Federal, já que são sustentáculos da manutenção do estado democrático de direito, e essenciais ao indivíduo, causando os prejuízos que são naturalmente dedutíveis.

2. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL

As nefastas conseqüências advindas de uma prisão cautelar sem a real necessidade, de certo, são presumíveis a qualquer pessoa, no entanto, não há previsão constitucional, e nem legal, de obrigação do Estado indenizar quem seja submetido a prisão processual indevida.

Isso porque, conforme previsão no art. 5º inciso LXXV da Constituição Federal, somente será indenizado quem for condenado por erro judiciário, ou quem ficar preso além do tempo fixado na sentença, assim, somente não há que se falar em indenização nos casos de decretação de prisão processual equivocada, ou carente de fundamentação.

Não raras são hipóteses em que o acusado em processos criminais amarga por anos preso preventivamente, e quando da sentença acaba absolvido, por vezes até sob pedido do próprio órgão acusador, ou pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Bem como, recorrentemente se vê na prática o manejo da prisão preventiva, ao argumento de garantir-se a ordem publica e o regular deslinde da instrução criminal, verdadeira medida acessória de punição estatal, pois se impõe ao acusado aguardar preso o curso do processo, mesmo sabendo-se que a pena ao final alcançada não será cumprida por espécie privativa de liberdade em regime fechado.

Tal artifício hodiernamente utilizado mostra-se reprovável, pois deturpa a real função social do processo penal, que é permitir a materialização final do poder-dever estatal de punir.

Isso porque, quando o processo se torna mais gravoso ao acusado, do que a pena que lhe espera ao final imposta pela sentença, o feito valeu como instrumento ilegal de punição ao acusado, atrás do véu dos motivos autorizadores da prisão preventiva, previstos na Lei Processual.

Seria, por fim, possível sustentar-se que o mencionado art. 5º inciso LXXV da Constituição Federal, ao prever indenização por erro judiciário, e o que a doutrina conceitua como prisão ilegal, também objetivou incluir como hipótese indenizável a prisão preventiva sofrida por prazo excessivo, ou quando por meio de fatos ou provas supervenientes, descobriu-se ser o acusado então encarcerado, inocente das imputações feitas no processo.

Portanto, há de se defender que o direito do indivíduo, proclamado na norma de direito fundamental a que nos referimos no parágrafo anterior, não se consubstancia em dispositivo desgarrado do texto constitucional atual, podendo ser visto, no capítulo que trata da administração pública, dispositivo impondo o dever ao Estado, a responder por danos que seus agentes causaram a terceiros, notadamente, no que dispõe o art. 37, § 6º, da Carta Política, que prevê a responsabilidade objetiva, decorrente da teoria do risco da administração.

O direito de regresso contra o causador direto do dano por dolo ou culpa se figura em disposição adicional, na forma constitucional, impedindo que se transfira ao poder público encargo cuja responsabilidade, em razão da conduta pessoal do agente público, a ele deve ser cominada, mas sem que essa relação interna interfira no dever imposto ao Estado de, em primeiro plano, responder pelo prejuízo sofrido pelos particulares.

Ao inserir a cláusula de garantia no rol dos direitos individuais, a legislação avançou na direção reclamada pelo Direito, reconhecendo o acerto das vozes que propugnavam pela imposição do dever de indenização ao Estado. Ao abraçar a tese da responsabilidade estatal, o legislador brasileiro afastou a idéia da potestade pública que imperava nas formulações iniciais, tornando necessário o detalhamento da obrigação de indenizar segundo o direito do

particular atingido. E nesse desiderato se pauta o presente estudo, impondo que se aprofunde no conhecimento da norma legal e seus efeitos.

O legislador constituinte não tinha em mente, ao introduzir a garantia de indenização da prisão indevida no direito constitucional, eliminar a prisão processual erroneamente decretada. Depreende-se que a Constituinte de 1988, sequer levou em conta a possibilidade da custódia cautelar, embora tratasse também, em outro momento, da prisão preventiva (inciso LXVI do art. 5º). O legislador, enfim, não se imiscuiu na responsabilidade do cidadão perante os direitos que lhe outorgava. Não o fez porque o formalismo dos trabalhos de elaboração do texto exigia enunciados breves e de conteúdo preciso no sentido proclamado no *caput*: fornecer o elenco dos direitos e garantias fundamentais.

O repúdio a possível cassação de liberdade individual de modo ilícito norteou a *mens legislatoris*, denotando a redação dada à parte final do inciso que pressupõe a existência de uma sentença, a qual, impondo pena privativa de liberdade ao condenado, não foi respeitada quanto ao termo final desta. Porém, o alcance da norma vai além da possível intenção do legislador. Não ficou fora da previsão nenhuma forma de prisão. Basta que não tenha correspondência com sentença definitiva, tem de ser para que ocorra a hipótese antevista pelo legislador, e resumida, na norma, como além do tempo fixado na sentença.

Ao entender necessário para a boa convivência entre o poder do Estado e o respeito aos direitos do cidadão, na menção explícita da possibilidade de indenização por prisão indevida, o legislador buscou um equilíbrio indispensável à vida social por intermédio da boa aplicação do Direito.

O instituto principal, numa projeção ainda da dignidade da pessoa humana, proclamada como fundamento do Estado Democrático de Direito que se instaurava, poderá ser visto como soerguimento da pessoa humana à estatura de único e verdadeiro destinatário das ações estatais. Desse modo, da atuação do Estado não pode advir à coletividade senão benefícios. E a prisão de alguém, sem correspondência com a condenação legítima emanada

do órgão estatal com os poderes para tanto, fere não só o direito abstratamente considerado, mas também *in concreto* a esfera de direitos do cidadão, protegidos constitucionalmente, como se dá com a liberdade.

A colocação do tema na Constituição Federal deve ser visto também na norma condicionadora da atuação do legislador ordinário, que deverá, doravante, não só abster-se de interferir na garantia suprema, como, principalmente, implementar a vontade do legislador, dando à norma ideal uma disciplina jurídica por lei ordinária. Isso embora as disposições constantes no inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal devam ser prontamente aplicadas, compensada a ausência de regramento suficiente com a adoção dos princípios consagrados na própria constituição, além dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, como só iria acontecer em casos de norma legal lacunosa.

A privação de liberdade física tem natureza jurídica restritiva de direitos, sendo que, especificamente, resulta em privação do *status libertatis*, faceta do *status civitatis comm* que o ordenamento jurídico dota o indivíduo e o torna responsável perante o mesmo ordenamento.

Daí, como categoria autônoma, se estender a disciplina da prisão indevida a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação que traga definitiva aplicação da pena de prisão, a cujo cumprimento se submete o indivíduo por força do ordenamento jurídico.

Enquanto a figura do erro alberga a atividade jurisdicional, como consequência de erro de julgamento, a segunda comporta, além da comissão, a omissão de qualquer agente público na liberação do preso depois de cumprida pena imposta.

E, pois, submetido o indivíduo a prisão indevida, fará jus a indenização pelo Estado, não importando eventual licitude do motivo (erro na apreciação das condições de sua decretação) ou o caráter de ilicitude (ação ou omissão dolosa ou culposa de agente público ou de quem impõe sua vontade de modo de obrigar o Estado, como no caso da prisão em flagrante feita em qualquer pessoa, até o momento de ser mantida pela autoridade estatal).

No entanto, malgrado o aqui exposto, o posicionamento jurisprudencial dominante, inclusive nos Tribunais Superiores, caminha no sentido de não ser possível a indenização ao acusado que haja aguardado preso preventivamente, e mais tarde, por qualquer razão, se mostre equivocada a decisão que decretou a custódia preventiva.

Como argumento a respaldar tal entendimento, sustenta-se que o magistrado, ao decretar a prisão, valeu-se do instrumento processual adequado, e de acordo com o conjunto probatório disponível nos autos aquela altura.

Além do que, segundo se infere do mencionado entendimento dominante, afirma-se que o dispositivo constitucional que impõe o dever de indenizar a prisão ilegal e o erro judiciário, não comporta a hipótese de prisão preventiva decretada com insuficiência de provas ou carente de fundamentação.

Por tudo acima, espera-se que tal esteira de raciocínio não mais predomine nos tribunais do país, posto que assim como se há, resulta em latente injustiça e insegurança jurídica aos que sofrem com tais mazelas.

3. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DE PERMANÊNCIA DOS PRESOS PREVENTIVAMENTE NAS CASAS DE CUSTÓDIA

O art. 5º inciso XLIX, da Constituição Federal, como Cláusula Pétrea, assegura aos presos de qualquer condição (em cumprimento de prisão processual ou derivada de execução penal de sentença irrecorrível), o respeito à integridade física e moral, delineando os parâmetros contidos na Lei de Execução Penal (Lei 7210/1984), quanto aos seus direitos, deveres e garantias invioláveis.

Nesse passo, não se pode olvidar da proteção à dignidade humana, prevista no art. 1º inciso III, da Carta Política, a qual serve de parâmetro a análise de quaisquer fatos da vida em sociedade, e na relação do Estado com os indivíduos sob sua autoridade.

Assim entendido, traz-se à baila discussão de interesse geral, e que merece atenção de autoridades e da sociedade em geral, que são as péssimas condições dos presídios para cumprimento da pena oriunda de sentença transitada em julgado, e das casas de custódia, onde se abrigam presos derivados do flagrante delito, cautelar preventiva e prisão temporária.

Tal assunto, por relevante e grave que é, merece um estudo aprofundado e unicamente a ele destinado, o que não é objeto deste artigo, e por tal razão, fala-se somente das más condições das casas de custódia pelo país, quando postas diante da necessária proteção a dignidade da pessoa humana.

A questão reside na já falada preponderância de preceitos constitucionais em detrimento de outros, quando há prisão antes da sentença definitiva, oriunda de medida cautelar prisional.

Essa ordem judicial fundamentada sujeita o indivíduo à prisão, para assegurar-se um ou mais motivos autorizadores da custódia, previstos na Lei Processual Penal, tendo a consagração cautelar da liberdade, cunho unicamente instrumental do processo.

Ocorre que a organização do Estado como um todo, nos diferentes âmbitos da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), não possui estrutura física, e nem organizacional para assegurar ao preso preventivamente o abrigo em casa de custódia que lhe proporcione um cárcere digno, nos estritos ditames constitucionais específicos, e em respeito à dignidade da pessoa humana.

Basta que se verifique a infinidade de presos preventivamente, por ordem da Justiça Federal, os quais assoberbam as casas de custódia estaduais, já que a União ainda não possui estrutura prisional própria para abrigar os custodiados cautelarmente.

As condições carcerárias são subumanas, onde a superlotação, ausência de assistência mínima de saúde, e condições de alimentação, higiene e habitação se mostram deploráveis, e as autoridades competentes do poder público nada fazem a esse respeito.

Diante de tais fatos graves, questiona-se no presente caso se não deveria haver preponderância da dignidade da pessoa humana, ao intento incerto de garantir-se o que prevê a Lei Processual Penal, quando autoriza a decretação da prisão preventiva.

Em simples palavras, se o Estado, como forma geral, não possui condições de abrigar os presos processuais, mas ali os mantém indignamente, sob alegação de estar salvaguardando a instrução criminal, a aplicação da lei penal, ou as ordens econômica e pública, de certo está sobrepondo interesse processual aos mínimos direitos do indivíduo, não só como preso (art.5º inciso XLIX, CF/88), mas como pessoa (art.1º, inciso III, CF/88).

Não se há de sustentar que sejam libertados os presos que cumprem condenação penal decorrente de sentença transitada em julgado, visto que ameaçaria a segurança jurídica e o respeito às leis penais; mas o que se defende é que em razão de os motivos para decretação da prisão cautelar já se mostrarem minimamente temerários, em vista da não formação definitiva da culpa, a cautela preventiva deve se dar em condições mínimas de habitação, alimentação e saúde, já que o assegurado por tal tutela é o regular andamento do processo, não podendo este sobrepujar-se a elementares direito do indivíduo.

Deste modo, se o Estado entende necessário manter preso preventivamente o indivíduo, pelo curso do processo, ao abrigo das hipóteses dispostas na Lei Processual Penal, deve ter mínimas condições de acautelá-lo, ou então, que o solte, pois a higidez do processo não pode sobrepor a dignidade pessoal do indivíduo, sob pena de promover-se a subversão da ordem constitucional, e o descrédito a valores, direitos e garantias inexoráveis do ser humano.

4. CRÍTICAS AO TEXTO LEGAL AUTORIZADOR DA PRISÃO PREVENTIVA

Conceitua o art. 312 do Código de Processo Penal, que a decretação da prisão preventiva deve se prestar a garantia de ordem publica, da ordem econômica, assegurar a conveniência da instrução criminal, ou a aplicação da lei penal, bastando que apenas um dos motivos esteja presente, nada impedindo que eventualmente coexistam.

Os motivos acima visam demonstrar a ocorrência de um dos requisitos de qualquer medida cautelar em direito, que é o perigo, o qual no presente caso se presta a retratar as formas de temor que se deva esperar do indivíduo, eclodindo o que a doutrina denomina de *periculum libertatis* (perigo esperado pela soltura do acusado).

Na parte final do mesmo dispositivo legal se encontram dois requisitos, estes sim que devem coexistir necessariamente, pois são a prova da existência de crime, e os indícios suficientes de autoria, que apontem ao acusado que se visa prender preventivamente.

Estes requisitos configuram outro elemento necessário em qualquer medida cautelar, que é a existência, ainda que superficial e em expectativa, do direito objetivado, o qual é definido de *fumus comissi delicti* (sinal do cometimento do crime pelo acusado).

Os dois últimos elementos possuem obrigatoriedade de comumente existirem, mas a prova da existência de crime (materialidade) há que estar inequivocamente demonstrada, porquanto os indícios suficientes de autoria podem não ser tão determinantes quando da decretação da prisão, admitindo-se a sua demonstração no curso do processo criminal.

Feitas as premissas, passa-se a delinear o objeto da crítica, quanto aos aspectos técnicos da previsão legal da prisão preventiva, e suas implicações constitucionais.

Por oportuno, destaca-se o disposto no art. 315 do Diploma Processual Penal, que dispõe a imprescindibilidade de fundamentação do despacho que decretar a prisão preventiva, de modo a possibilitar que se coadune ao que prevêm os art. 5º inciso LXI e art. 93 inciso IX da Constituição Federal, pois se está a restringir a liberdade de locomoção do indivíduo, sem que esteja formada definitivamente a culpa.

O elemento autorizador que merece as devidas críticas é o que prevê o art. 313 do Código de Processo Penal, através de seus incisos, mormente, o disposto no inciso I, que admite a decretação da prisão preventiva em qualquer processo onde se apure a ocorrência de crime doloso punido com reclusão.

Tal assertiva faz por excluir da incidência de decretação de segregação cautelar os crimes culposos, em qualquer caso, não importando as características pessoais do agente, e nem a pena máxima prevista ao delito em apuração.

Não obstante, vê-se que também se mostra impossível a decretação de tal medida cautelar em processo onde se apure a ocorrência de contravenção penal, já que o texto legal se refere apenas a crimes dolosos.

O elemento merecedor de críticas, contido no indigitado dispositivo legal, é a admissão de a prisão preventiva poder ser decretada em processos onde se apure crime doloso punido com reclusão, sem a definição de um parâmetro quantitativo de pena a ser alcançada ao final, o que por vezes promove injustiças irremediáveis.

Na prática, é possível que acusados em processos criminais por delitos dolosos, punidos com pena de reclusão em patamares diminutos, sofram a decretação de prisão preventiva em seu desfavor, cumpram-na por todo o curso do processo, e ao final, quando da sentença, recebam a pena reduzida, e até substituída por restritivas de direitos.

Ocorrendo tal fato como acima exemplificado, o que é recorrente na prática, o curso do processo se mostrou muito mais danoso e punitivo ao acusado, do que a pena a ele imposta ao final, causando enorme desproporção entre o fim precípua da ação penal e os prejuízos causados ao indivíduo no seu transcurso.

O processo é o meio através do qual o Estado exercita o poder-dever de punir o agente, e deve, portanto, guardar relação com a penalidade ao final imposta, sob pena de desvirtuar o seu real objetivo, valendo como reprováveis meios de coerção indireta.

Nesse passo, se a pena que espera o acusado ao final, sopesando-se o delito em apuração, e as condições pessoais do agente e de cometimento do injusto haverão de ser por muito diminutas, ainda que de reclusão ou derivadas de crime doloso, e aplicadas em regime prisional aberto, passíveis de substituição por espécie restritiva de direitos, deveria ser legalmente vedada a decretação de prisão preventiva no curso de tal processo, o que atualmente não ocorre.

E pior, se o texto legal assim não o prevê, não deveriam os magistrados manejar a segregação cautelar em casos como o acima narrado, mas o fazem, em espírito unicamente perseguidor, objetivando impor ao acusado penalidade através da prisão preventiva, pois sabedores que ao final, o agente não sofrerá pena do quilate da suportada no curso do feito.

O que se sustenta, é que mesmo autorizada legalmente a decretação da prisão preventiva em casos como o exemplificado, a fundamentação motivadora do decreto estaria prejudicada, ante a ausência de justa causa, e por evidente desproporção entre o curso do processo e a pena que dele é o objeto, ferindo o disposto nos art. 5º inciso LXI, e art. 93 inciso IX da Constituição Federal, bem como no art. 315 do Diploma Processual Penal.

Sugere-se, portanto, mudança na redação do art. 313 e incisos, da Lei de Ritos Penais, para que lá se passe a existir, no mínimo, parâmetro quantitativo de pena ao final alcançada, como condição para a decretação da prisão preventiva, como forma de evitar descabidas supressões da liberdade individual do acusado, apenas para entender os anseios por injustiça de magistrados que sabem, ainda no curso do processo, que o destino do agente, quando da sentença, não será o cárcere.

5. INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”, PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Para a decretação de qualquer prisão cautelar, deve o julgador fundamentar a medida com base nos dispositivos constitucionais e legais já mencionados, não bastando meras conjecturas ou fatos abstratos invocados pelo magistrado, sem se ater ao caso concreto, sob pena de nulidade de tal medida.

Mas isso não é suficiente, sendo necessário também que estejam presentes, para a possibilidade de prisão preventiva, os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade do delito (prova de existência do crime).

Segundo o magistério de Fernando Tourinho Filho⁴, “(...) não basta, pois, a mera suspeita; a prova da materialidade delitiva é indispensável. Além da prova da existência do crime, a lei quer mais: indícios suficientes de autoria (...)”. E na lição de Borges da Rosa, esses indícios devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja ainda certeza disso.

Partindo de tal premissa, uma das condições da prisão cautelar é a garantia da ordem pública, disposta no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo que tal modalidade de prisão processual possibilita uma interpretação muito ampla em relação ao seu conceito, e gerando muita polêmica, chegando alguns autores até a considerar que a preservação da ordem pública não está entre os objetivos da prisão cautelar, porque, na verdade, trata-se de um dos escopos do processo principal cujo fim é especificamente o restabelecimento da situação de equilíbrio social e da paz pública, violados com prática do delito.

Não obstante o entendimento supracitado, o que se verifica nos decretos prisionais com base na “garantia da ordem pública”, frequentemente invocada nas decisões de prisões cautelares, é sua utilização genérica e de modo abstrato, gerando uma grave insegurança jurídica, não só pela imprecisão do conceito, mas pela sua dificultosa demonstração por parte do juiz que dela se utiliza.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p 294.

Roberto Delmanto Junior⁵, ao comentar a decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública, assevera que “(...) é de se esclarecer, porém, ser indisfarçável nesses termos prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – ínsito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social etc.(...)”.

Novamente, vale citar Borges da Rosa, o qual critica o pressuposto da garantia da ordem pública, afirmando que tal condição não tem significado especial e é meramente explicativo. Segundo esse autor, tal expressão poderia muito bem ser omitida do código, já que toda prisão decretada em processo penal se destina a garantir a ordem pública, que é sempre perturbada, de maneira mais ou menos grave, com a prática da infração penal.

Ademais, conforme já alegado, não podemos olvidar de que a finalidade da prisão cautelar não é de punir a pessoa investigada ou denunciada, mas sim e tão somente garantir a efetividade do processo do conhecimento, para que se possa realizar a produção probatória em certo momento da marcha processual ou do inquérito policial.

De modo, é impossível contatar que inexistente o caráter instrumental de efetividade do processo penal, medida esta inerente a toda medida cautelar prisional, em relação ao conceito de “garantia a ordem pública”, atribuindo ao julgador uma imensa margem de discricionariedade para a definição, levando-se a uma grave insegurança jurídica, ainda mais quando se trata de liberdade do cidadão.

Segundo a lição de Aury Lopes Junior⁶, “(...) as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais (...)”.

⁵ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p 148.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* - Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p 148.

Assevera o referido autor, que trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medida de segurança pública.

Na esteira do entendimento supra mencionado, decretar uma prisão preventiva para garantir “a preservação da credibilidade da justiça” (como exemplo), é fugir dos ditames constitucionais do princípio da presunção da inocência, do devido processo legal, e do princípio da não culpabilidade, acarretando na aplicação de uma justiça sumária e arbitrária.

Sobre o tema, em forte crítica à fundamentação do decreto prisional cautelar como escopo na gravidade genérica do delito, destaca-se a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, que concedeu ordem de *Habeas Corpus*, a acusados que respondiam a processo perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, acusados de pertencerem a quadrilha dedicada a exploração de jogo do bicho, onde restou como fundamento a soltura, a crítica ao uso indiscriminado do fundamento da garantia da ordem pública para respaldar decretos prisionais⁷.

Segundo Frederico Marques⁸, a prisão preventiva como garantia da ordem pública perde seu caráter de providência cautelar, resultando em verdadeira medida de segurança, não tutelando, assim, o processo condenatório, mas sim a própria ordem pública.

6. O CLAMOR PÚBLICO COMO DESDOBRAMENTO DO FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA, E A VISÃO SOCIAL EQUIVOCADA QUANTO AO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA.

⁷ BRASIL. STF. *HC 91.723-2 RJ*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em:

⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*- v. 1- Campinas: Bookseller, 1997;p 63

Se já é discutível a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, conforme as razões acima expandidas, indubitosa a inconstitucionalidade da prisão provisória em face do clamor público social, muitas vezes confundido com esse próprio fundamento.

O clamor público não está previsto no Código de Processo Penal como fundamento da prisão preventiva, sendo tal conceito disposto no inciso V, do art. 323, do referido diploma processual penal, no que tange a denegação da liberdade provisória com fiança.

Não obstante inexistir tal previsão legal para medida odiosa, os tribunais, bem como parte da doutrina, fazem um exercício de prestidigitação retórica e transmuda o clamor público em fundamento da prisão preventiva, enquadrando-o no conceito indeterminado na “garantia da ordem pública”.

Conforme o magistério de Antonio Alberto Machado⁹, “(...) o alarma social confunde-se como sentimento de revolta que frequentemente aflora quando determinados crimes, graves e altamente reprováveis, ainda não foram devidamente apurados e nem punidos os seus responsáveis (...)”.

No entanto, como a devida *vênia*, é inaceitável utilizar o clamor público como medida ou instrumento de punição (pena) para que o acusado, no escopo de satisfazer os reclamos dos cidadãos ou da mídia, pois não é esta a função das medidas cautelares prisionais.

Luigi Ferrajoli¹⁰ sustenta que “(...) essa idéia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria (...)” , mas sim, como sustentado pelo processualista, para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que não obstante suspeitos, não podem ser tidos culpados sem provas.

⁹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005 p. 137.

¹⁰ *Apud.* MACHADO, Antônio Alberto, Op. Cit., p. 146.

Portanto, é injustificado avocar o clamor público tão somente para fundamentar a prisão preventiva, pois se trata de uma expressão ampla e genérica, a qual pode ter inúmeros significados, sendo incompatível com os ditames constitucionais e os direitos fundamentais.

É inconstitucional um decreto provisório para controlar o clamor social, por mais respeitados que sejam os sentimentos de revolta ou vingança, pois a prisão preventiva não tem a finalidade de antecipação da pena, muito menos a da prevenção (especial ou geral), sendo vedado também ao Estado assumir esse papel vingativo.

Ademais, a ordem pública, ao ser confundido com o “clamor público”, corre o risco de manipulação pelos meios de comunicação de massas, fazendo parecer que a referida opinião pública, na verdade, seja uma mera opinião publicada, com evidente prejuízo para toda a sociedade.

Assim, se põe em perigo o esquema constitucional do Estado de Direito, dando lugar a uma quebra indefensável do que deve ser um processo penal em um Estado Social e Democrático de Direito, pois vulnera o princípio constitucional da presunção de inocência e da liberdade de todo o cidadão e a própria essência do instituto da prisão preventiva.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem corretamente proclamado que “o clamor público não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade – O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, por si só, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade¹¹”.

E prossegue o voto do Eminentíssimo magistrado: “O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação de liberdade do indiciado ou do réu (...)”.

¹¹ BRASIL. STF. HC nº 80379. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=96&dataPublicacaoDj=25/05/2001&incidente=1841391&codCapitulo=5&numMateria=16&codMateria=2>. Acesso em: 25/02/2011.

concluindo por não ser lícito pretender-se nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que contem no art. 323, V, do Código de Processo Penal, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal.

Não obstante o acima articulado, caminhando em favor da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito e Social de Direito, há ainda inúmeras prisões preventivas sendo decretadas como supedâneo no clamor público, sendo evidente a sua inconstitucionalidade em virtude da violação dos princípios da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX), da presunção de inocência (pois o decreto prisional através do clamor público nada mais é do que uma antecipação da pena, bem como da culpabilidade do investigado ou acusado) e, por fim, do princípio da proporcionalidade, o qual tem como função impor limite ao julgador quando analisar a possibilidade do decreto da prisão preventiva.

No presente artigo traçaram-se críticas a ótica e aplicação jurídica da prisão preventiva no âmbito do direito processual penal brasileiro, suas conseqüências práticas aos acusados que a suportam, e a repercussão geral no universo jurídico.

Neste tópico, se pretende firmar a errônea impressão social, materializada no senso comum, do que a prisão processual (em flagrante, temporária ou preventiva) é a regra no processo penal pátrio, e conseqüentemente, que não deve ocorrer no curso do feito penal, soltura do agente.

Tais aspectos, inclusive, motivam o já falado clamor público, que se reveste da impressão contida na sociedade em geral, que o judiciário deva automaticamente a notícia de cometimento da infração penal, trancafiar o indivíduo desde então, até o término do cumprimento da pena, que viria ao final do processo.

É fato notório, que quando ocorre a soltura de acusado em processo criminal, principalmente quando noticiado na mídia em geral, que causa descrédito da sociedade no Poder Judiciário, entendendo aquela que houve qualquer favorecimento na concessão liberdade, o que de forma alguma ocorre.

CONCLUSÃO

Finalizando o aludido trabalho, como não se poderia deixar de fazer menção, o disposto nos art. 5º, inciso LXI e art. 93, inciso IX da CRFB/88, assim como o art. 315 do Código de Processo Penal, a decretação de prisão preventiva deve ser adequadamente fundamentada, cabendo ao juiz fundamentar se estão presentes os pressupostos criminais, ora, de que adianta uma mera repetição dos termos da lei, pois, se a Constituição proclama a presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado, como pode o juiz presumir que ele vai ou não fugir vindo a prejudicar a instrução e cometer novas infrações? Como basta apenas o magistrado estabelecer a presunção contrária ao réu se a Lei Maior proclama a presunção de inocência, o que é meramente declarado pela garantia da ordem pública e aplicação da lei penal que restringe a liberdade do acusado, e remonta a expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão.

Lastreando-se em decisões, tem-se que a prisão preventiva, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, deve ordenar-se com a redobrada cautela, À vista, sobretudo, da sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como perante a garantia constitucional da presunção da não culpabilidade, deve fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipóteses legais que a autorizem.

A prisão preventiva enquanto medida de natureza cautelar não tem por finalidade punir antecipadamente (o que infelizmente ocorre), não podendo o Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com a condenação sem defesa prévia. A referida prisão, que não deve ser confundida com prisão penal, não objetiva

infligir punição àquele que sofre sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

O processo acusatório configurou o processo penal segundo o modelo do código de processo civil, no sentido de medida desta política processual é dispensar o juiz da iniciativa da persecução penal para garantir a imparcialidade de sua atuação, quer dizer, fazer depender a realização de justiça punitiva do exercício de um direito de acusação, que se dirige à atuação do poder punitivo do juiz, assim, o sistema acusatório (de prisão) foi reforçado e adquiriu contornos mais puros, abolindo-se de vez todo e qualquer procedimento *ex officio* para tornar-se real e efetivas garantias constitucionais do direito de defesa, estabelecendo em conseqüência um equilíbrio entre acusação e defesa, ao mesmo tempo em que se colocou, como conseqüência o juízo penal, órgão da jurisdição, em posição de absoluta imparcialidade, tal como no processo civil. Os interesses de ordem pública, tão palpitantes nas causas penais, têm como respectivos titulares o Ministério Público e o réu, por seu defensor, cabendo ao juiz, unicamente dar equidistante e imparcialidade a cada um o que é seu, aplicando a vontade da lei, que algumas vezes pode não ser a mais justa.

Sendo bem analisadas as atuações práticas no direito vivido e o embasamento cultural que se lhe sustenta, o quadro do direito pátrio, as providências cautelares sob o rótulo de medidas de legitimação ativa difusa, servem como penas em si na atuação concreta, com fracos pressupostos cautelares como sinônimos de punição, muito pouco importando a concreta situação do acusado.

O direito processual brasileiro na persecução criminal visa sempre à busca da verdade real, mas em algumas situações, esta procura é esbarrada em algumas garantias fundamentais do indivíduo, de maneira que tais garantias por não serem plenas, uma vez transgredidas, ou por critérios de legítima defesa ou por haver o jogo de interesses preponderantes da sociedade. É prestigiado que pelo menos um princípio quando o interesse

maior da segurança da sociedade se sobreponha a esta garantia individual e por outro meio não se consiga a busca da verdade real, viola-se este princípio constitucional.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. STF. *HC n° 80379*. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=96&dataPublicacaoDj=25/05/2001&incidente=1841391&codCapitulo=5&numMateria=16&codMateria=2>. Acesso em: 25/02/2011.
- CHOURK, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal e Comentários Consolidados*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Anotado*, V. 3. Campinas: Bookseller, 2000.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. V. 1. Campinas: Bookseller, 1997.
- MIRABETE Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas – 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.
- ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão Provisória*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.